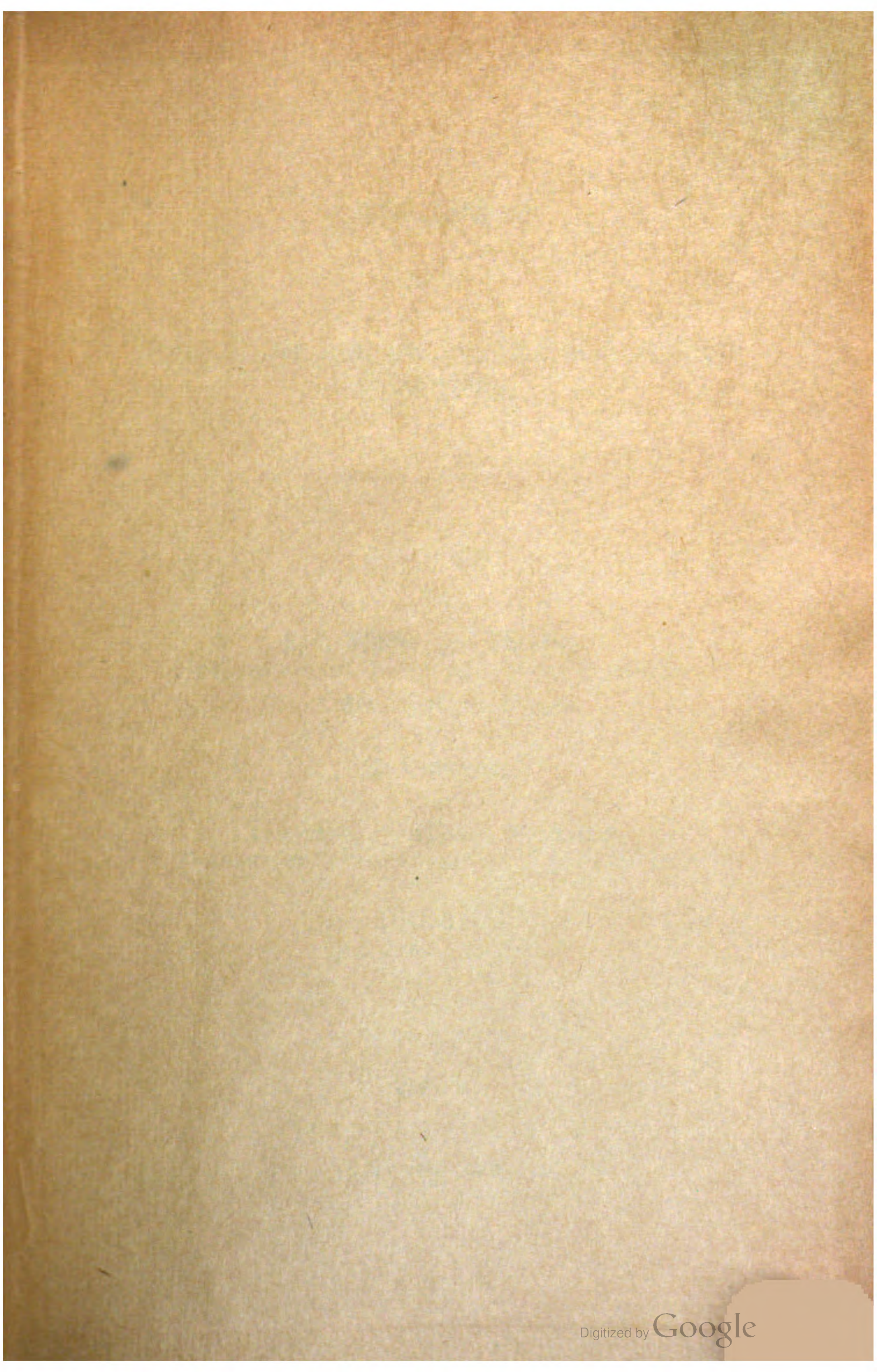
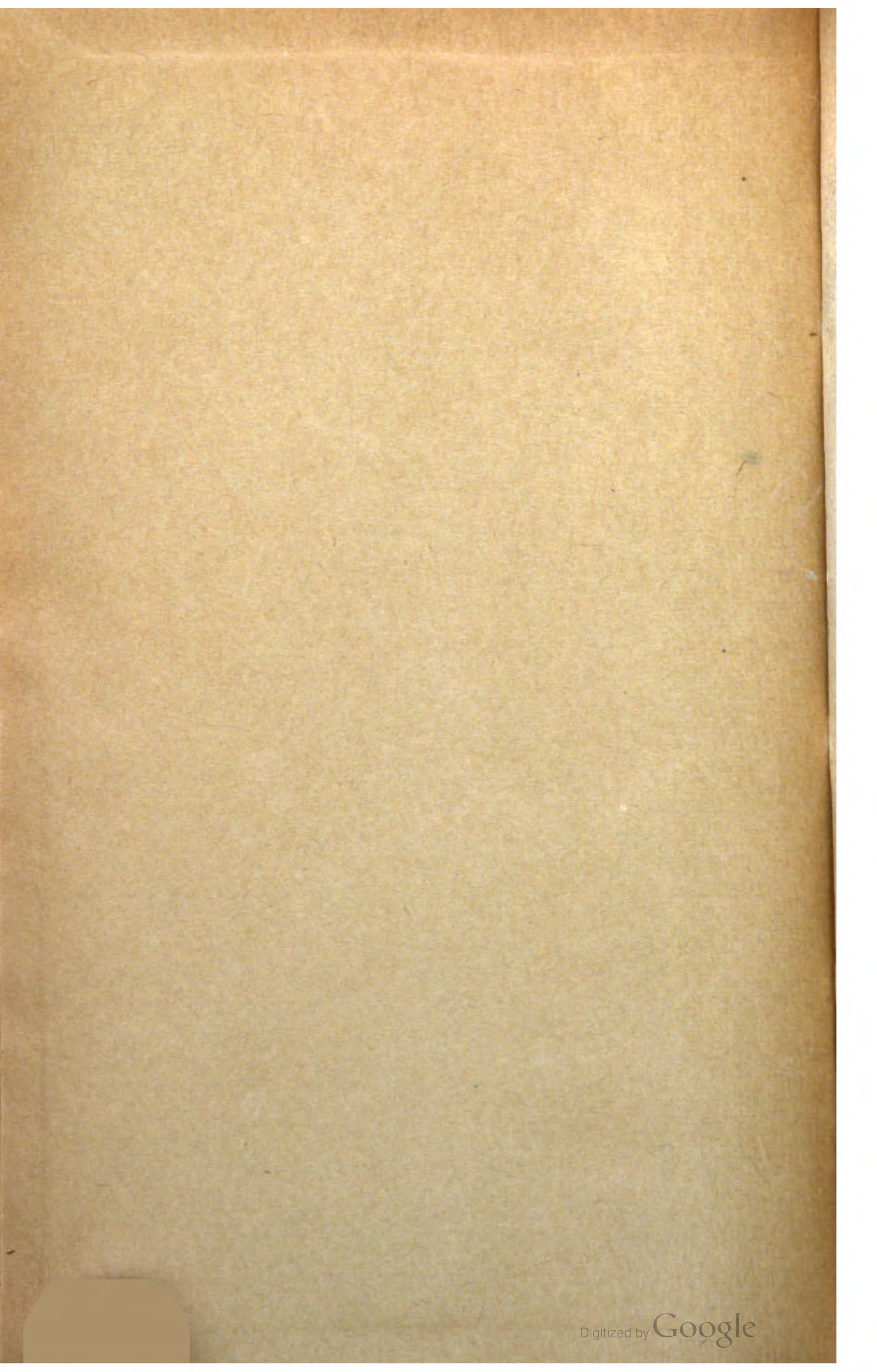






Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering,
Geh. Justizrath und Professor an der Universität Göttingen
und **Dr. Joseph Unger.**

In Verbindung

mit

Otto Bähr und **Agathon Wunderlich,**
Mitgliedern der Oberappellationsgerichte zu Berlin und Lübeck.

XIII. Band.
Neue Folge. I. Band.

Jena,
Mauke's Verlag
(Hermann Dufft).
1874.

Inhaltsverzeichniß.

I.

Der Einfluß des Zwanges auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte.

Von

Dr. **Karl Czyhlarz.**

Professor der Rechte in Prag.

Seit Savigny[1]) geht bekanntlich die herrschende Ansicht dahin, daß das erzwungene Rechtsgeschäft an sich giltig sei, ein Satz, von dem kaum einige wenige Ausnahmen zugelassen werden. Aber auch Savigny ist es nicht gelungen, die Disharmonie der Quellen in dieser Frage in einer befriedigenden Weise zu heben, da neben solchen Aussprüchen, welche unstreitig im Sinne der herrschenden Ansicht verstanden werden müssen, auch solche vorkommen, welche unbefangen nur im Sinne der Ungiltigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte gedeutet, werden können. Es hat denn auch der Widerspruch gegen die herrschende Lehre nie ganz geruht; wenn wir aber von dem verfehlten Versuche Kritz'[2]) absehen, so hat ihn doch erst

---

1) System. 3. Band Seite 98 fg.; 7. Band Seite 191 fg.

2) Rechtsfälle 5. Band Seite 1 fg.

Schliemann[3]) in scharfsinniger und entschiedener Weise zur Geltung gebracht, ohne jedoch den hervorgehobenen Dualismus innerhalb der Quellen in ausreichender Weise zu erklären. Schliemann führt ihn nämlich auf einen Wechsel der Principien zurück, der im Laufe der Zeit bei den römischen Juristen in dieser Frage eingetreten sein soll. Ein solcher Wechsel ist nicht nachweisbar, denn gewiß ist es damit gar nicht oder doch nur schwer zu vereinigen, daß ein und derselbe Jurist — Paulus — die formlose Manumission wegen Zwanges für ungiltig, die ebenso formlosen Acte der aditio hereditatis und des contrarius consensus dagegen für giltig erklärt[4]), daß anderseits derselbe Jurist die formelle dotis promissio in Folge Zwangs als nichtig hinstellt, eine schenkungsweise promissio dagegen trotz des Zwanges gewiß als giltig behandelt haben muß[5]). Wenn Schliemann diesen Widerspruch im letzteren Falle dadurch zu heben sucht, daß das Wohlwollen des Promittenten die Grundlage der dotis promissio sei, von diesem aber bei vorliegendem Zwange doch nicht gesprochen werden könne[6]), so ist dagegen zu bemerken, daß in gewiß noch höherem Grade das Wohlwollen bei der erzwungenen Schenkung in Betracht kommen müßte, und doch hält diese auch Schliemann nicht für ungiltig. Aber auch abgesehen davon, wäre es in der That geradezu unbegreiflich, daß der von Schliemann behauptete Wechsel der Principien nur bei einzelnen Geschäften und nicht vielmehr bei allen zu Tage getreten sein sollte, da doch auch Schliemann für das

---

3) Die Lehre vom Zwange. Rostock 1861, woselbst auch eine gründliche dogmengeschichtliche Darstellung gegeben wird. Seite 179 fg.

4) l. 17 pr. D. qui et a quib. (40. 9); l. 21 § 4. 5. D. quod metus (4. 2).

5) l. 21 § 3 D. h. tit.

römische Recht nur in einzelnen Fällen Ungiltigkeit erzwungener Geschäfte eintreten läßt. Trotz der Gründlichkeit der Behandlung, die Schliemann unserer Frage zu Theil werden ließ, hat denn auch seine Arbeit eine nachhaltige Wirkung nicht erzielt, nach wie vor dominirt noch immer das Savigny'sche Dogma von der Giltigkeit erzwungener Geschäfte.

In neuester Zeit hat nun Brinz[7]) die Frage wieder in Anregung gebracht und eine neue höchst beachtenswerthe Lösung versucht, die er jedoch selbst nur als Hypothese hinstellt. Die juristische Bedeutung des Zwanges ist ihm eine verschiedene je nach den Rechtsgeschäften. Solche Geschäfte, die auf bloße voluntas gebaut sind, wie die Stipulation, Acceptilation, Mancipation, der Erbschaftsantritt und mutuus dissensus, sind nach Brinz trotz des Zwanges giltig, weil es bei ihnen nur auf das Vorhandensein des Willens ankommt, welches durch Zwang nicht ausgeschlossen wird; die Geschäfte dagegen, zu deren Existenz schon eine materielle causa erfordert wird, wie z. B. die Tradition, Pollicitation, die Consensualcontracte u. s. w. sind nach dieser Ansicht wegen Zwanges ungiltig, weil bei ihnen die causa metus an die Stelle oder doch neben ihre wirkliche causa tritt und man in einem solchen Falle nicht von einer iusta causa sprechen kann[8]). Allein auch dieser Versuch, die Frage einer endlichen Lösung zuzuführen, befriedigt bei genauerer Prüfung nicht. Vor Allem erregt nämlich schon die von Brinz vorgenommene Einreihung der einzelnen Geschäfte in seine zwei Gruppen der For-

6) A. a. O. S. 91 fg. Daß übrigens nicht das Wohlwollen, sondern das Officium der Ausgangspunkt ist, von dem man zur Richtigkeit des Dotalversprechens gelangt, wird später gezeigt werden.

7) Lehrbuch der Pandekten § 320 fg. Seite 1420 fg.

8) A. a. O. Seite 1439 fg.

mal- und Causalgeschäfte Bedenken. Gewiß genügt z. B. zur aditio hereditatis die bloße voluntas des Delaten, allein ebenso gewiß ist doch andererseits die aditio hereditatis gerade so gut causal wie nur irgend ein Geschäft; denn ihr juristischer Endzweck ist immer ein und derselbe, nämlich der, den Delaten zum Erben zu machen; diesem Zwecke allein ist sie dienstbar und doch hält sie auch Brinz trotz des Zwanges für giltig, während sie von seinem Standpunkte aus als wahres Causalgeschäft ungiltig sein müßte. Ganz entscheidend scheint uns aber der Umstand gegen Brinz' Hypothese zu sprechen, daß selbe den factischen Motiven des Rechtsgeschäftes, zu denen doch unläugbar auch der Zwang gehört, eine Bedeutung beilegt, die ihnen nicht zukommt, selbst nicht bei den s. g. Causalgeschäften. Das factische Motiv des Zwanges wird nämlich von Brinz geradezu der materiellen causa dieser Geschäfte d. h. ihrem juristischen Endzweck gleichgestellt, während dieser doch von den factischen Motiven des Geschäftsabschlusses nicht berührt wird. Auch bei einem Causalgeschäft können die factischen Motive sicherlich sehr verschieden sein; der Eine z. B. verkauft eine Sache blos des guten Preises wegen, der ihm geboten wird, der Andere aus Gefälligkeit oder weil ihm die Sache im Wege steht u. s. w., und doch ist in allen diesen Fällen der juristische Charakter der venditio immer derselbe, immer wird die Sache für den Preis hingegeben, wenn auch nicht immer blos wegen des Preises. Ist dies richtig, so kann auch der beim Kaufe unterlaufene Zwang als blos factisches Motiv den Charakter des Geschäftes — die causa desselben — nicht alteriren, und sonach keineswegs als Ungiltigkeitsgrund hingestellt werden. Das Gleiche wiederholt sich bei den anderen Causalgeschäften, wie denn z. B. das Darlehen nothwendig Credit in sich schließt, es mag freiwillig oder gezwungen gegeben werden. Dies mag vorerst genügen, um auch die

bestechende Hypothese Brinz' als unhaltbar erscheinen zu lassen, manche seiner interessanten Detailausführungen können erst später berücksichtigt werden.

Bei diesem Stande der Dinge wird ein neuer Lösungsversuch keiner besondern Rechtfertigung bedürfen. Derselbe liegt nahe genug und empfiehlt sich wie wir glauben durch seine Einfachheit. Kurz gesagt, wir finden die Lösung der in den Quellen in unserer Frage hervortretenden Disharmonie in dem Gegensatz des civilen und des prätorischen Rechtssystems[9]). Der Grundsatz des civilen Systems ist: erzwungene Rechtsgeschäfte sind giltig. Dieser Satz wird wenigstens als Regel festgehalten, von der nur aus der Natur einzelner Geschäfte zu erklärende Ausnahmen vorkommen. Der Grundsatz des prätorischen Rechtes dagegen lautet: erzwungene Rechtsgeschäfte sind ungiltig. Die Richtigkeit des letzteren Satzes, der vorzugsweise in Frage steht, muß sich an einzelnen rein prätorischen Geschäften erproben. Unsere Aufgabe ist es nun, diesen Gegensatz in der juristischen Bedeutung des Zwanges in dem folgenden darzuthun; wir werden sie mit Rücksicht auf das zu Gebote stehende Quellenmaterial für gelöst halten, wenn es uns gelingt, den erwähnten Gegensatz auch nur wahrscheinlich zu machen.

---

9) Bereits Schliemann, a. a. O. Seite 88 deutet dies an, ohne es jedoch weiter zu verfolgen. Ihm ist dieser Gegensatz lediglich eines der vielen für unsere Frage in Betracht kommenden Momente, während n Wahrheit in ihm die ganze Lösung liegt.

I. Das ius civile.

A. Der Grundsatz.

Der Grundsatz, daß das erzwungene Rechtsgeschäft nach ius civile giltig sei, tritt:

1) unzweifelhaft hervor bei der promissio und der acceptilatio. Die Giltigkeit dieser Rechtsacte wird in den Quellen als ganz selbstverständlich hingestellt, und in dieser Richtung auch nicht der leiseste Zweifel erhoben[10]). Desgleichen muß aber auch bei der mancipatio trotz des Zwanges Giltigkeit angenommen werden, denn wenn Paulus[11]) sagt: servus per metum mancipatus, quidquid acquisierit, vel stipulatus est, ei acquirit, qui vim passus est, so will er gewiß nicht dem Erwerber das quiritische Eigenthum absprechen, sondern nur sagen, daß der Sklave trotzdem in bonis des Mancipanten bleibe. Betreffs der in iure cessio fehlt uns jeder Quellenausspruch, dennoch kann aber auch bei ihr die Giltigkeit trotz des Zwanges kaum fraglich sein.

2) Zweifelhaft ist dagegen die Giltigkeit allerdings bei den Consensualcontracten, nicht weil sie, wie Brinz[12]) meint, causal sind, sondern wegen des bei ihnen unterlaufenden Momentes der bona fides. Dies nöthigt uns die Bedeutung der b. f. bei diesen Geschäften festzustellen[13]). Sie besteht uns

---

10) l. 9 § 3. 4. 7. 8; l. 10. 11. 12 § 1; l. 14 § 8 D. h. tit.

11) Sent. rec. I. 7 § 6.

12) A. a. O. Seite 1424 fg. 1440.

13) Hierüber sind zu vergleichen: Savigny a. a. O. 5. Band, Seite 463 fg.; Rudorff, Römische Rechtsgeschichte 2. Band § 42; Girtanner, die Stipulation, Seite 343 fg.; Huschke, Gaius, Seite 227 fg.; Bekker, die Actionen 1. Band, Seite 160 fg.; Eisele, Die materielle Grundlage der Exception Seite 15 fg.; Czyh-

darin, daß die b. f. zwar für das ob und was der aus diesen Geschäften resultirenden Verpflichtungen, keineswegs aber für die Existenz der Geschäfte selbst maßgebend ist. Soll das Geschäft in den erwähnten beiden Richtungen nach der b. f. gemessen werden, so muß es bereits fertig vorliegen. Man wird dies zugeben, aber diesen Bestand des Geschäftes als ein bloßes Factum ansehen, dessen rechtliche Geltung eben erst von der b. f. abhängt. Dies wäre aber entschieden unhaltbar; denn einen blos factischen Bestand hat z. B. der von handlungsunfähigen Personen geschlossene Kauf auch, dennoch wird man ihn nicht erst der Prüfung nach der b. f. unterziehen, weil ein solcher Act von vorn herein keine Obligation begründen kann. Soll die b. f. zur Anwendung kommen, so muß der Act schon an sich eine juristische Bedeutung haben, d. h. es muß das vorliegen, was in subjectiver und objectiver Beziehung zur Existenz des betreffenden Geschäftes erfordert wird. Dies wird denn auch durch die Formel der b. f. actiones gerechtfertigt; dieser zufolge ist die Frage nach dem vendere, deponere ein Bestandtheil der demonstratio [14]) und sonach schon deßhalb von der b. f. unabhängig; denn erst sobald feststeht, daß A^s A^s N^o N^o illam rem vendidit u. s. w. ist das quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet nach den Principien der b. f. zu beurtheilen [15]). Dadurch ist, wie uns scheint, der Nachweis geliefert, daß die Frage des Geschäftsabschlusses, und zwar nicht blos in factischer, sondern auch in juristischer Beziehung, mit der b. f. nichts zu schaffen hat; dann können aber für diese Frage nur die

---

larz, Dotalrecht, Seite 43 fg.; Gide, du caractère de la dot, p. 26 suiv.

14) Gaius IV § 40.

15) Gaius l. c. § 47.

allgemeinen für Rechtsgeschäfte überhaupt maßgebenden Grundsätze entscheidend sein, also namentlich der Umstand, ob ein juristisch giltiger Wille vorliegt und ob dieser Wille den dem betreffenden Geschäfte eigenthümlichen Inhalt hat, so daß in dieser Beziehung auf den Unterschied der negotia b. f. und stricti iuris nichts ankommt[15a]).

Ist dies der Fall, so kann auch der Zwang die Existenz der b. f. negotia nicht ausschließen, da er weder den Willen noch auch den betreffenden Willensinhalt ausschließt. Dagegen ist der Zwang allerdings für die Frage der Verpflichtung des Gezwungenen vermöge des Princips der b. f. unter Umständen von großer Bedeutung. Hierüber folgendes:

a) Ist der Zwang ohne Betheiligung des andern Contrahenten von einem Dritten ausgegangen, so hat er auf das nach b. f. zu beurtheilende Geschäft gar keinen Einfluß. Wenn A dem B eine Sache verkauft, wobei A, ohne daß es B weiß, unter dem Einfluß des Zwanges handelt, so darf sich B gewiß eben so gut auf den Contract verlassen, als wenn der Zwang nicht vorläge. Ein Dolus liegt auf Seite des B hier nicht vor, weder beim Geschäftsabschluß noch in der späteren Geltendmachung, selbst dann nicht, wenn diese zu einer Zeit erfolgt, wo B bereits von dem verübten Zwang Kenntniß hat. Aus dem Rechtsverhältniß selbst kommt daher hier für den A keine Hülfe, diese gewährte ihm erst das prätorische Edict.

b) Ist dagegen der Zwang vom andern Contrahenten ausgegangen, so ist dies wegen des darin enthaltenen Dolus[15b]) für das Rechtsverhältniß selbst von der größten Bedeutung. Denn tritt der Zwingende als Kläger auf, so wird der Beklagte trotz der Giltigkeit des Geschäftes absolvirt, weil ex-

15a) Puchta, Vorlesungen 1. Band Seite 116.
15b) l. 14 § 16 D. quod metus (4. 2.)

ceptio doli b. f. iudiciis inest. Erhebt dagegen der Gezwungene Klage, so wird diese unstreitig volle Wirkung haben, da hier der b. f. ein Gegengrund nicht entnommen werden kann. Das Resultat ist sonach das, daß trotz der Giltigkeit des Geschäftes dasselbe nur für den einen Theil Wirksamkeit äußert. Dies muß aber jetzt noch gegen den Widerspruch gesichert werden, der auf Grund von Quellenaussprüchen dagegen erhoben werden könnte[16]). Bekanntlich besitzen wir aber solche nur bezüglich des Kaufes und der Societät:

a) Was zunächst den Kauf betrifft, so ist das bedeutendste Argument für die Ungiltigkeit unstreitig die l. 1 C. de resc. vend. (4. 44), in welcher es vom erzwungenen Verkauf geradezu heißt: ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est; malae fidei enim emtio irrita est. Civile Ungiltigkeit des Actes geht aber auch aus dieser Stelle nicht hervor, denn das ratum non habebitur kann recht gut von der prätorischen (jurisdictionellen) Ungiltigkeit verstanden werden, die gewiß auch hier vorliegt, und zwar um

---

16) Die Aussprüche der l. 116 D. de R. J. (50. 17) und der consult. v. iuris c. I., welche man häufig für die Ungiltigkeit der erzwungenen b. f. negotia anführt, können selbe nicht beweisen, werden daher im Texte auch nicht besonders hervorgehoben. Denn die l. 116 cit. ist viel zu allgemein und stellt überdies vis ac metus nicht der b. f., sondern direct dem Consense entgegen, führt sonach zu der Consequenz, daß vis ac metus den Consens ausschließe. Da aber diese Consequenz durch die l. 21 § 4 D. h. tit. widerlegt wird, so wird es gestattet sein, die l. 116 mit Burchardi Wiedereinsetzung S. 354 für eine allgemeine Redensart zu halten, durch welche Ulpian die Anwendung des Edictes über vis ac metus auf die Consensualcontracte plausibel macht. Noch weniger Gewicht hat die Stelle der consultatio, denn ihre auf die Ungiltigkeit bezüglichen Ausdrücke können recht gut auf die prätorische Ungiltigkeit bezogen werden, und zwar um so leichter, als daselbst von pacta die Rede ist, deren Bedeutung, abgesehen von wenigen Fällen, nur im prätorischen Edict wurzelt. Vgl. C. Gregor. ed. Hänel lib. II 1.

so mehr, als auch im weitern Context der Stelle von dem auctoritatem interponere des praeses provinciae die Rede ist. Aber auch abgesehen davon ist die Stelle mit dem bisher Entwickelten ganz vereinbar, wenn wir nur voraussetzen, daß der Zwang vom Käufer ausgegangen ist. Dies können wir aber nicht nur voraussetzen, weil es unstreitig der Hauptfall ist, sondern müssen es auch geradezu, weil nur dann von einem non bona fide oder mala fide gestum gesprochen werden kann. Wenn hierüber noch irgend ein Zweifel übrig bliebe, so wird er durch das maxime des Schlußsatzes behoben, da die dadurch angedeutete Steigerung nur dem dolosen Käufer gegenüber Sinn hat. Ein weiteres Argument für die Ungiltigkeit kann aber schwer beigebracht werden, denn l. l. 3. 4. 5. C. h. tit. (2. 20) sind von beiden Standpunkten aus erklärbar, und die l. l. 8. 10 C. eod. sprechen insofern für die Giltigkeit, als sie, gewiß im Hinblick auf die prätorische Rechtshilfe, ausdrücklich die Rescission als die dem Zwange eigenthümliche juristische Wirkung hinstellen. Allerdings ist in den dort behandelten Fällen ein nach dem Edict ausreichender Zwang nicht vorhanden, allein dies schließt keineswegs aus, daß seine Wirkung daselbst richtig angegeben ist.

b) Für die Societät haben wir direct den Zwang betreffende Stellen nicht, man verweist jedoch öfter auf die Bestimmungen über die societas donationis und fraudandi causa contracta [16a]), indem man von diesen einfach auf die gleiche Behandlung der societas vi ac metu contracta schließt[17]). Allein gewiß stehen sich diese Fälle nicht gleich. Denn weßhalb ist dort die Societät ungiltig? Die s. g. societas donationis

---

16a) l. 3 § 3 pro socio (17. 2) l. 16 § 1 D. min. (4. 4).

17) So die bei Unger, System 2. Band Seite 46 Note 8 Citirten.

causa sicher deswegen, weil bei ihr gar kein Societätswille vorliegt und ebenso verhält sich's mit der societas fraudandi causa. Denn auch bei ihr ist wenigstens vom Betrüger die Societät nicht gewollt, sondern ein die Ausbeutung des anderen bezweckendes Verhältniß, welches zweifelsohne keine Societät ist. In jedem dieser Fälle ist daher der der Societät eigenthümliche Erfolg nicht gewollt, sondern etwas, was mit der Societät unvereinbar ist, donatio oder fraus. Alles das trifft aber bei vis ac metus nicht zu, weil der Zwang an und für sich auch den Societätswillen nicht ausschließt[18]). Denn auch bei der Societät kommt es nur darauf an, daß man den Societätsinhalt will, keineswegs aber darauf, aus welchem Motiv man ihn will. Daran ändert auch das ius fraternitatis nichts, das bei der Societät u. W. einmal erwähnt wird[19]), denn hiermit ist nicht gesagt, daß man aus brüderlicher, freundschaftlicher Gesinnung die Societät eingehen müsse, sondern nur angedeutet, daß die Societät ein genossenschaftliches Verhältniß sei, in welchem alle Theilnehmer auf möglichst gleichem Fuße stehen. Diesen Erfolg kann man aber auch trotz des Zwanges wollen, weßhalb wir an und für sich auch die erzwungene Societät für giltig halten müssen. Eine Ausnahme davon wird nur da eintreten, wo der Zwang mit der fraus zusammenfällt. Dies ist anzunehmen, wenn der Zwang von einem der Contrahenten ausgeht, denn dann wird der andere Theil gewöhnlich zu einem solchen Verhältnisse gepreßt werden, welches auf seine Ausbeutung berechnet, also keine Societät ist. Abgesehen von einem solchen Falle wird aber auch von der erzwungenen Societät das gelten, was früher bezüglich der b. f. negotia überhaupt entwickelt worden ist.

---

18) Puchta, a. a. O. Seite 117.
19) l. 63 pr. D. pro socio (17. 2).

Das was wir bisher betreffs der b. f. im Verhältniß zur Existenz des Rechtsgeschäftes kennen gelernt haben, wird durch die Behandlung bestätigt, welche dem erzwungenen contrarius consensus zu Theil wird, den der Jurist Paulus entschieden für giltig erklärt, und zwar selbst dann, wenn der Zwang von dem anderen Contrahenten ausgeht, da die bezügliche Stelle ganz allgemein spricht und dieser Fall gerade der gewöhnliche sein wird[20]). Auch in diesem Falle wird der Kauf, die Miethe u. s. w. durch den Consens rückgängig; würde demnach die Klage z. B. ex vendito angestellt, so wäre sie ipso iure unbegründet[21]), woraus wieder ersichtlich ist, daß die Frage des Bestandes der Consensualcontracte von der b. f. unabhängig ist. Denn wäre die b. f. hierfür maßgebend, so müßte dies nothwendig auch die Nichtbeachtung des vom andern Theil erzwungeuen contrarius consensus zur Folge haben. Gerade der Umstand aber, daß nach dem Ausspruch des Paulus der Consensualcontract entschieden gelöst und die Contractsklage unstatthaft ist, zwingt zu dem Schlusse, daß für die Frage der Existenz des Consensualcontractes die b. f. ohne jede Bedeutung ist. Die b. f. hat nur Bedeutung für den bestehenden Contract, wo dieser fehlt, ist für sie kein Raum mehr. Darin liegt zugleich eine weitere Bekräftigung des Satzes, daß der contrarius consensus nicht direct die

20) l. 21 § 4 D. h. tit.

21) Daß Paulus in der l. 21 § 4 cit. die Klage finita bonae fidei obligatione für ausgeschlossen erklärt, ist mit Rücksicht auf die l. 4 pr. D. de lege com. (18. 3) l. 5 § 1 D. de cont. emt. (18. 1) auf den ersten Blick auffällig, da diese Stellen im Falle der Auflösung des Contracts durch eine Resolutivbedingung doch die Contractsklage zulassen. Allein das Bedenken hebt sich dadurch, daß der in der s. g. Resolutivbedingung enthaltene contrarius consensus ein pactum adiectum des Contractes ist, während er in der l. 21 § 4 cit. selbstständig auftritt.

Obligation, sondern den Contract selbst trifft[22]), weil im ersteren Fall die Herbeiziehung der b. f. für die Frage des Bestandes der Obligation nahe genug gelegen wäre. Mit Rücksicht auf das früher Gesagte ergibt sich nun folgendes Resultat:

a) Schließt A gezwungen vom anderen Contrahenten B einen Kauf, eine Miethe u. s. w., so kann B gegen A den Contract nicht geltend machen, hat also aus demselben keinen Vortheil.

b) Zwingt dagegen B den A, von dem zwischen ihnen bestehenden Kauf u. s. w. durch contrarius consensus abzugehen, so ist der Kauf gelöst und B sonach im Genusse des Vortheils, den er durch den Zwang beabsichtigt hat.

Dieser Unterschied erklärt sich eben daraus, daß im ersten Falle wegen der Giltigkeit des Geschäftes die b. f. eingreift, während im letzteren Falle wegen der durch den giltigen contrarius consensus bewirkten Auflösung des Contractes für die b. f. kein Anhaltspunkt übrig bleibt[23]).

3) Bestritten ist ferner auch die Giltigkeit der erzwungenen aditio hereditatis. Zwar spricht die bekannte Stelle des Paulus:

---

22) Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung, Seite 32.

23) Paulus behandelt in l. 21 § 4 cit. den contrarius consensus nach dem Muster der acceptilatio, was bei aller Verschiedenheit schon dadurch gerechtfertigt ist, daß beide civilrechtliche Geschäfte sind und ipso iure wirken. Daß Paulus, wie Brinz a. a. O. Seite 1439 meint, zwischen dem Vorbild der acceptilatio und des pactum de non petendo geschwankt habe, ist aus der Stelle nicht ersichtlich. Nebenbei bemerkt hat der contrarius consensus gewöhnlich nur den einen juristischen Zweck, den Contract rückgängig zu machen, ist also insofern gewöhnlich causal; doch sind allerdings auch bei ihm weitere juristische Zwecke möglich, wie z. B. transactio, donatio, doch wird dies immer eine besondere Gestaltung des Falles voraussetzen.

Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui —

entschieden dafür; ein Ausspruch, der wegen seiner Motivirung für die Bedeutungslosigkeit des Zwanges nach ius civile geradezu typisch ist. Zweifel erregt nur l. 6 § 7 D. de acq. hered. (29. 2.) in welcher Ulpian einen Ausspruch des Celsus citirt, des Inhalts:

eum, qui metu verberum [23a]) vel aliquo timore coactus fallens [24]) adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere.

Schliemann [25]), welcher dem fallens eine selbstständige Bedeutung nicht beilegt, sondern darin nur die Hervorhebung eines in den voraufgegangenen Worten bereits enthaltenen Momentes findet, sieht in dieser Stelle einen entscheidenden Beweis für den von ihm behaupteten Wechsel der Principien. Allein schon Brinz hat mit Recht gegen diese Interpretation eingewendet, daß die erzwungene Willenserklärung als solche nicht ohne weiteres als eine simulirte angesehen werden dürfe. „Es „widerspricht dies der Erfahrung: in Furcht und Angst pflegt „man, eben weil man sich fürchtet, nicht die zur Intrigue nöthige „Kaltblütigkeit zu besitzen" [26]). Soll eine Simulation ange-

---

23a) So ist wohl zu lesen statt verborum.

24) Ueber die Textesänderungen pallens oder nolens statt fallens s. Brinz a. a. O. Seite 1423.

25) A. a. O. Seite 65 fg.

26) A. a. O. Seite 1423. Wenn sich übrigens Brinz zur Unterstützung dieses Satzes auch noch auf l. 17 § 1 D. qui et a quib. (40. 9) beruft, so kann dies nur auf einem Versehen beruhen, da sich das „ne castigaretur" nicht auf den dominus, sondern auf den Sklaven bezieht, den der Herr durch die Lüge „liberum esse" rettet.

nommen werden, so müssen außer dem Zwange noch andere Umstände vorliegen, welche das Vorhandensein derselben zweifellos machen, und selbst dann wird nebenbei bemerkt noch immer die Frage entstehen, ob einer solchen Mentalreservation — denn etwas anderes ist ja die Simulation bei der hereditatis aditio gar nicht — rechtlich eine Bedeutung beigelegt werden kann, eine Frage, mit der wir uns erst später befassen werden. Hier genügt es uns zu constatiren, daß auch die l. 6 § 7 cit. die erzwungene Erbesantretung als solche nicht für ungiltig erklärt, weßhalb es bei dem vorerwähnten Ausspruch des Paulus sein Bewenden hat, der überdies auch durch eine Stelle Papinian's (l. 85 D. de acq. her. 29. 2) bestätigt wird. — So wie die aditio ist auch die erzwungene repudiatio hereditatis[27]) giltig, was übrigens u. W. niemals bezweifelt worden ist.

4) Ueber den Einfluß des Zwanges auf die Ehe besitzen wir eine einzige Stelle, die l. 22 D. de R. N. (23. 2)[28]) von Celsus:

Si patre cogente (sc. filiusfamilias) ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur.

Brinz[29]) hält die erzwungene Ehe für nichtig, indem er die vorstehende Stelle lediglich als eine Ausnahmsbestimmung ansieht, welche in der Stellung des Sohnes dem Vater gegenüber ihre Rechtfertigung findet. Unseres Erachtens spricht

---

27) l. 21 § 6 D. h. tit.

28) Daß auch die l. 21 D. eod. hierher gehöre, möchten wir bezweifeln, ihre Inscription weist auf eine Ausnahmsbestimmung von den leges Julia et Papia Poppaea.

29) A. a. O. Seite 1425. 1426.

jedoch diese Stelle nur für die Giltigkeit der erzwungenen Ehe überhaupt, in welchem Sinne sie denn auch gemeiniglich verstanden wird[30]). Belangend nämlich die Stellung des Vaters zu den Sponsalien und zur Eheschließung des Hauskindes, so überwiegt sein Wille allerdings bei Verlöbniß und Ehe der Haustochter, denn diese **wird** vom Vater verheirathet, ihre Zustimmung ist nicht erforderlich, ja sogar ihr Widerspruch hat nur ausnahmsweise Bedeutung[31]). Für ihre Verheirathung wäre sonach die Argumentation **Brinz'** zutreffend, denn von ihr könnte man allerdings sagen, obwohl sie lieber **nicht** gewollt hat, passirt sie für eine, die lieber **gewollt**[32]) hat. Beim Haus**sohn** dagegen, von dem obige Stelle allein spricht, verhält es sich ganz anders, da zu seiner Ehe seine positive Zustimmung erfordert wird[33]), so daß in dieser Beziehung der Wille des Sohnes mit dem des Vaters auf gleicher Stufe steht. Wenn nun trotz des vom Vater ausgehenden Zwanges die Ehe des Sohnes für giltig erklärt wird (contraxit matrimonium), so kann das nicht daraus erklärt werden, daß die Einwilligung des Sohnes irrelevant sei, sondern nur daraus, daß der erzwungene Wille auch zur Eheschließung ausreiche, mit a. W. daraus, daß **Celsus** trotz des Zwanges wirkliche Zustimmung des Sohnes annimmt. Dann sind aber die Worte: „quam non duceret — esset" und „maluisse hoc videtur" adäquat dem quamvis si liberum esset — volui des **Paulus** in der l. 21 § 5 D. h. tit., was gewiß nicht gegen die Richtigkeit unserer Interpretation spricht.

---

30) So z. B. von **Savigny** a. a. O. 3. Band, Seite 102, Note c., welcher nebenbei bemerkt mit Recht die Beziehung der Stelle auf bloßen metus reverentialis zurückweist.

31) l. 12 D. de sponsal. (23. 1).

32) **Brinz** a. a. O. Seite 1426.

33) l. 11. 12. D. eod.

Die Interpretation mag logisch richtig sein, allein widerspricht ihr Resultat nicht der Auffassung der Ehe bei den Römern? Die affectio maritalis wird vom Zwang gewiß ebenso wenig getroffen, wie die affectio societatis; denn auch sie ist nur der auf das Rechtsverhältniß der Ehe gerichtete Wille, dieser kann aber unläugbar vorhanden sein, obschon man nicht mit der rechten sittlichen Gesinnung in die Ehe tritt. Bedenken erregt nur der Umstand, daß die Römer jedem Zwange in Ehesachen abgeneigt waren, daß sie wenigstens in der classischen Zeit das Verlöbniß nicht direct erzwingbar machten, daß sie Conventionalstrafen, welche die Eheschließung sichern sollten, für wirkungslos erklärten u. s. w. Alles dies ist doch gewiß Ausfluß der sittlichen Auffassung der Ehe, der zufolge die Einwilligung der Ehetheile eine freie von gegenseitiger Liebe getragene sein soll — und bei alle dem sollte die erzwungene Ehe giltig sein? Wenn wir dies dennoch behaupten, so stützen wir uns darauf, daß nicht jedes sittliche Postulat ohne weiteres auch schon zum Rechtssatz erhoben worden ist; wäre dies der Fall, so müßte auch die Liebe **rechtliche** Voraussetzung der Ehe sein, was sie gewiß nicht ist[34]). Hält man dies fest, so ergibt sich auch bezüglich des Zwanges die Möglichkeit einer anderen Behandlung. Daß das Recht Conventionalstrafen behufs Sicherung der Eheschließung u. s. w. mißbilligt, muß nicht die Tragweite haben, daß die unter dem Drucke derselben

34) Bezüglich der Anschauung der Römer in dieser Frage verweisen wir auf die trefflichen Bemerkungen von **Bruns** in Holtzendorf's Encyclopädie der R. W. 2. Auflage Seite 417: „Die Römer haben die „sittliche Natur der Ehe an sich nicht verkannt, aber sie haben sie nicht „**rechtlich** danach gestaltet, ihre sittliche Natur nicht zur rechtlichen Noth„wendigkeit gemacht, sondern dies ganz oder fast ganz dem Gewissen und „der Freiheit der Ehegatten überlassen."

geschlossene Ehe ungiltig ist, sondern es kann recht gut auch blos die Bedeutung haben, daß das Recht durch Beseitigung juristischer Pressionsmittel die Freiheit der Eheschließung soweit möglich zu wahren sucht. Factische Beeinflussungen dagegen kann das Recht nicht ausschließen, es könnte ihnen nur dadurch Rechnung tragen, daß es sie als Ungiltigkeitsgründe der Ehe hinstellt; dafür findet sich aber im römischen Recht kein Anhaltspunkt und was speciell den Zwang betrifft, so spricht l. 22 cit. entschieden dagegen. Uebrigens hatte die ganze Frage mit Rücksicht auf die leichte Scheidbarkeit der Ehe lange nicht die Bedeutung, welche wir ihr für das heutige Recht beilegen müssen.

Die nach dem Bisherigen bei den verschiedensten Geschäften hervortretende Giltigkeit, beziehungsweise Bedeutungslosigkeit des Zwanges, ist eine Folge des Umstandes, daß das ius civile nur auf das Vorhandensein des Geschäftswillens Gewicht legt. Genug, daß der für das Rechtsgeschäft erforderliche Inhalt gewollt, und daß dieser Wille gehörig ausgedrückt ist, wie er entstanden, welche Momente auf ihn eingewirkt haben, das ist gleichgiltig. Es fällt uns nicht ein, diese Behandlung als eine absolut nothwendige hinzustellen, mit Recht hebt Brinz[35]) hervor, daß auch eine andere Auffassung ohne Beleidigung des juristischen Verstandes durchführbar sei, da es unläugbar Sache des Rechts ist zu bestimmen, welchen Willen es für seine Geschäfte fordert. Vermag das Recht festzusetzen, daß der Verpflichtungswille des impubes keine Geltung habe, obwohl er unzweifelhaft factisch auch ein Wille ist, so ist gar nicht einzusehen, warum es nicht auch bestimmen könnte, daß der erzwungene Wille keine Geltung habe, eine Behandlung, die, wie

35) A. a. O. Seite 1421. 1422.

wir später sehen werden, thatsächlich das prätorische Recht und einige neuere Gesetzgebungen eintreten lassen. Sofort entsteht aber die Frage, wie ist das ius civile zu dieser mehr abstracten Betonung des Willens gekommen? Der Grund dieser Erscheinung kann abgesehen von der Mannhaftigkeit des römischen Volkscharakters nur in dem Ueberwiegen der Formalgeschäfte im alten Rechte gefunden werden[36]). Die Natur dieser Geschäfte bringt es mit sich, daß nur das bedeutungsvoll ist, was sich in der Form ausprägt, das ist aber nur der bestimmte Geschäftswille; die Art seiner Entstehung, sein Werden, bleibt außer Betracht, nur der fertige Wille wird gewürdigt. Es ist nicht unsere Sache, diesen von Jhering[37]) glänzend entwickelten Gedanken weiter zu verfolgen, nur das sei noch bemerkt, daß sich daraus die Bedeutungslosigkeit des Zwanges mit Rücksicht auf das früher Gesagte ganz von selbst ergiebt. Von den Formalgeschäften aus wurde dann diese Behandlung der Sache auch auf die anderen Geschäfte übertragen, was um so leichter geschehen konnte, als sie dem Wesen derselben wenigstens nicht widerspricht. Dennoch regt sich aber hier bereits der Zweifel. Während nämlich die promissio, acceptilatio u. s. w. trotz des Zwanges schlechthin als giltig hingestellt werden, die Frage nach ihrer Giltigkeit gar nicht aufgeworfen wird, taucht bei den formlosen Geschäften, wie l. 21 § 4 fg. D. h. tit. beweist, bereits die voluntatis quaestio auf, wird aber freilich durch den Hinweis auf die Existenz des Willens, welche der Zwang nicht ausschließt, abgethan. Nun ist aber doch unläugbar die Möglichkeit einer Simulation vorhanden. Denn gewiß ist es denkbar, daß der Bedrohte um der Gefahr zu entgehen blos simulationsweise, nicht aber ernstlich, die verlangte Erklärung

---

36) Schliemann, a. a. O. S. 89. Brinz, a. a. O. Seite 1436.
37) Geist des römischen Rechts. 2. Theil. Seite 519 fg.

abgiebt, sonach etwas erklärt, was er nicht will. Dies führt uns auf die Simulation überhaupt, von welcher wir aber für unsere Zwecke nur den Fall der einseitigen Simulation, welcher mit der Mentalreservation zusammenfällt, in Betracht ziehen. Hier ist nun vor Allem zu betonen, daß die bloße Möglichkeit der Simulation gar keine Bedeutung hat, und insbesondere den nothwendigen Schluß von der Erklärung auf das wirkliche Vorhandensein des Willens nicht aufzuheben vermag. Bedeutung kann immer nur die wirklich vorhandene nachweisbare Simulation haben, da diese den erwähnten Schluß wirklich als einen unhaltbaren erscheinen läßt, weil es ja dann feststeht, daß trotz der Erklärung doch nicht gewollt ist. Aber auch in diesem Falle muß man der Simulation jede rechtliche Bedeutung absprechen. Wenn z. B. A dem B durch Stipulation 1000 verspricht, nachdem er unmittelbar vorher dem C und D erklärt hat, daß er dieses Versprechen nur simulationsweise, nicht aber ernstlich machen werde, so kann man wohl sagen, daß hier die Nicht-Existenz des Willens zu promittiren nachweisbar sei, schwerlich wird man aber die Verbindlichkeit der erwähnten Stipulation läugnen können. Denn dies widerspräche direct der fides, welche die Grundlage jeder Obligation ist. Obgleich A den Willen Schuldner zu werden nicht hat, muß die Stipulation doch gelten, da das Gegentheil eine Prämie für den Dolus wäre. Auch das Auskunftsmittel der Ungiltigkeit der Stipulation einerseits und der Gewährung der actio doli anderseits müssen wir zurückweisen, da dies auf dem Dualismus des ius civile und des prätorischen Rechtes beruht, keines dieser Rechtssysteme aber die fides in solcher Weise preisgeben kann. Wie ist es aber dann, wenn die Simulation eine Folge des Zwanges ist? Daß der Zwang als solcher die Annahme einer Simulation nicht rechtfertigt, daß vielmehr andere nebenher gehende Umstände selbe rechtfertigen müssen,

wurde bereits früher erwähnt. Aber auch dies vorausgesetzt, wird man das in Folge Zwanges simulirte Geschäft im Allgemeinen doch nicht für ungiltig halten dürfen. Das alte Recht ließ eine solche Vertheidigung gewiß nicht zu, da dort vis ac metus überhaupt bedeutungslos waren und sonach auch schwerlich eine Rechtfertigung der Simulation abgeben konnten. Später ist das allerdings anders geworden, wie die l. 6 § 7 D. d. acq. h. (24. 2) zeigt, welche wegen Simulation den Erbschaftsantritt für ungiltig erklärt. Allein dabei haben wir es wahrscheinlich schon mit einer Einwirkung des prätorischen Edicts über metus auf das ius civile zu thun. Denn nachdem das Edict das metus causa gestum für non ratum erklärt, kann es nicht Wunder nehmen, daß die Jurisprudenz jetzt auch Simulationen im Gebiete des ius civile durch vis ac metus zu rechtfertigen versucht. Dabei bleibt aber freilich die Frage immer eine offene, ob man dies bei allen Geschäften insbesondere auch bei zweiseitigen zuließ, ferner ob diese Behandlung auch bei Formalgeschäften Eingang fand, Fragen, die wir wenigstens eher verneinen möchten.

B. Die Ausnahmen.

Der Grundsatz, den wir in dem Vorstehenden entwickelt haben, ist aber auch vom ius civile nicht ausnahmslos durchgeführt worden; in dem Folgenden wollen wir nun diese Ausnahmen angeben und soweit möglich begründen.

1) Entschieden nichtig wegen Zwanges ist, wenn man den Worten der l. 21 § 3 D. quod metus (4. 2) nicht Gewalt anthun will, die dotis promissio:

Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse.

Dabei drängt sich aber sofort die Frage auf, ob denn diese Stelle von jeher so gelautet haben kann. Denn so wie sie hier steht, geht die Argumentation derselben doch unläugbar darauf hinaus, daß die promissio dotis nichtig sei, weil sie nichtig ist, eine Beweisführung die man doch unmöglich dem Juristen Paulus, dem dieser Ausspruch zugeschrieben wird, zutrauen kann. Dem Juristen ist der Einfluß des Zwanges bei der dotis promissio zweifelhaft, er entscheidet sich nun allerdings für die Nichtigkeit, aber nur auf Grund der Analogie eines Bestellungsactes der Dos, bei dem die vernichtende Kraft des Zwanges außer Zweifel steht. Gewiß kann aber dieser Bestellungsact unmöglich die promissio dotis selbst sein[38]). Dies zwingt uns zu der Annahme, daß im Schlußsatze der Stelle von einer andern Bestellungsart der Dos die Rede war; dann liegt aber keine näher als die dictio dotis[39]), so daß der Jurist die Nichtigkeit der erzwungenen promissio durch die feststehende Ungiltigkeit der erzwungenen dictio beweisen würde. Könnte aber nicht ebenso gut das Umgekehrte der Fall sein, mit a. W. könnte die dictio dotis nicht im ersten Satze gestanden haben? Wir meinen nein, weil weder die promissio als solche, welche ja, wie wir früher gesehen haben, trotz des Zwanges giltig ist, einen Anhaltspunkt für die Annahme einer feststehenden Nichtigkeit bietet, noch auch die causa dotis zur Erklärung derselben ausreichen würde, weil ja sonst auch die erzwungene datio dotis ungiltig sein müßte, was man sicher nicht annehmen wird. Hat nun aber der Jurist wirklich, wie wir aus inneren Gründen nachgewiesen zu haben glauben, im zweiten

38) Daran scheitert auch die von uns früher (Römisches Dotalrecht Seite 99 Note 2) versuchte Erklärung der l. 21 § 3 D. cit.

39) Auf sie bezieht die l. 21 § 3 cit. auch schon Keller, Institutionen Seite 161.

Satze die dictio erwähnt, so entsteht die Frage, worin denn ihre als zweifellos hingestellte Richtigkeit wegen Zwanges begründet sei? Dies nöthigt uns nochmals auf die dictio dotis einzugehen, wobei wir Gelegenheit finden werden, die von uns an einem andern Orte[40]) entwickelte Ansicht in wesentlichen Punkten zu corrigiren. Wäre wegen des Zwanges die Ehe beziehungsweise das Verlöbniß ungiltig und wäre die dictio in der That ursprünglich blos eine lex sponsalibus dicta gewesen, wie Bechmann[41]) und auch wir angenommen haben, so wäre der Beweis der Nichtigkeit der erzwungenen dictio leicht zu führen, da die Nichtigkeit des Hauptgeschäftes nothwendig auch die der lex dicta zur Folge haben müßte; daß die dictio nicht immer in dieser Abhängigkeit vom Hauptgeschäfte blieb, käme nicht in Betracht, da die Nichtigkeit lediglich ein Ueberrest aus der Zeit dieser Abhängigkeit wäre. Allein die ganze Argumentation scheitert an der trotz des Zwanges vorhandenen Giltigkeit der Ehe, die wir consequent in gleicher Weise für das Verlöbniß annehmen müssen, sowie daran, daß die dictio niemals eine lex sponsalibus dicta gewesen sein kann. Denn bei Sponsionen, welche doch in alter Zeit das Verlöbniß constituirten, ist ein legem dicere ganz unmöglich, jede Modalität des Geschäfts muß hier in den Sponsionsact und zwar speciell in die Frage aufgenommen werden, so daß für eine besondere lex dicta, welche sich an den Sponsionsact anschließt, gar kein Raum bleibt; Beweis dessen der Umstand, daß u. W. niemals bei Stipulationen ein wahres legem dicere erwähnt wird[42]). Aber auch bei der späteren Gestalt des Verlöbnisses kann das

40) Dotalrecht, Seite 113 fg.

41) Das römische Dotalrecht, Seite 88 fg.

42) Den genaueren Nachweis soll eine besondere Abhandlung über das legem dicere liefern. Speciell l. 13 pr. D. comm. pr. (8. 4) steht dem nicht entgegen.

dicere dotem nicht als ein legem dicere angesehen werden, denn gewiß ist die Dos eine Mitgift, eine Zugabe, für welche die Bezeichnung lex dicta ganz unzulässig ist, da man die Zusage einer Dos doch nicht als nähere Modalität der Hingabe der Tochter matrimonii causa ansehen kann. Erwägt man endlich, daß die lex dicta zunächst das Interesse des Dicenten bezweckt, während die dictio dotis doch unstreitig zum Vortheil des Mannes ausschlägt, so muß man die Charakterisirung der dictio dotis als lex dicta ganz fallen lassen, und sie von vorn herein als einen selbstständigen Rechtsact auffassen, womit jedoch nicht gesagt sein soll, daß sie mit dem Verlöbniß in gar keiner Verbindung stehe; was wir läugnen, ist nur das, daß die dictio jemals einen Bestandtheil des Verlöbnisses bildete und ihre Klagbarkeit irgendwie mit der hypothetischen früheren Klagbarkeit des Verlöbnisses im Zusammenhange stehe[43]). Belangend nun das Wesen der dictio, so können wir in derselben nur die Erklärung des Inhalts finden, daß und was für eine bestimmte Ehe Dos sein soll[44]). Es wird nicht ein Versprechen gemacht, sondern nur erklärt, das oder jenes wird Dos sein, wie dies die gebräuchlichen Dictionsformulare[45])

43) Wir nähern uns sonach in dieser Beziehung wieder der Ansicht, die wir einst in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte 7. Band, Seite 243 fg. vertreten haben.

44) Danz, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts 1. Theil. 2. Auflage Seite 162 fg. sieht in der dictio nur die Festsetzung der Summe der Dos, indem diese kraft des officium des Dicenten bereits vorher debita war (Seite 164). Dies geht zu weit; denn ist der Betrag für das debitum wesentlich, so existirt es vor seiner Festsetzung nicht, ist er dagegen nicht wesentlich, so muß seine Fixirung durch den Richter erfolgen können. Danz müßte sonach consequent zur Klagbarkeit des der dictio zu Grunde liegenden officium pietatis kommen.

45) Ob diese für die dictio wesentlich waren, mit a. W. ob diese als ein Formalakt anzusehen ist, lassen wir hier dahingestellt sein. Danz,



beweisen. Eine solche Erklärung hat nun im Allgemeinen gar keine Bedeutung, sie erlangt selbe nur dann, wenn sie von Personen ausgeht, die nach Sitte und Anstand zur Dotirung verpflichtet sind, denen in dieser Beziehung ein officium pietatis obliegt. Bekanntlich sind dies der väterliche Ascendent der Frau und die Frau selbst[46]). Vermöge ihres officium pietatis kann sich ihnen gegenüber der Bräutigam auf die erwähnte Erklärung verlassen, und wenn er darauf hin wirklich heirathet, der Inhalt der Erklärung aber nicht realisirt wird, auf ihre Erfüllung klagen. Die Rechtspflicht, welche bei diesen Personen aus der Erklärung erwächst, wird daher nur von dem officium pietatis getragen und nur dieses Officiums wegen anerkannt, sie ist sonach auch nur dann vorhanden, wenn sie wirklich Ausfluß dieses Officiums ist, beziehungsweise nicht, wenn sie durch vis ac metus hervorgerufen ist. Der Ungiltigkeitsgrund der erzwungenen dictio liegt daher nicht in dem Abhandensein des Willens zu diciren, dieser ist vorhanden, er gilt jedoch nicht, weil für die dictio nicht der Wille als solcher, sondern nur der Wille ausreicht, welcher eine Bethätigung des geschilderten Officiums ist, da er darüber hinaus gar keine Bedeutung hat. Von der Ungiltigkeit der erzwungenen dictio aus schließt nun Paulus in l. 21 § 3 cit. auf die Ungiltigkeit der promissio. Ob dieser Schluß blos die Ansicht des Paulus blieb, als die er uns entgegentritt, oder

---

a. a. O. Seite 165. Ebenso die Frage, ob zur dictio Annahme seitens des Mannes erforderlich war. Terenz' Andria Act. 5. sc. 4. v. 48. 49 mit der Notiz des Donatus beweisen dies nicht, da die epit. Gaii II 9 § 4, welche doch mindestens ebenso viel Glauben verdient, dagegen spricht.

46) Die dictio durch den Schuldner der Frau bleibt hier außer Betracht, weil sie nur iussu mulieris erfolgt, also nur eine Abart der dictio der Frau selbst ist.

ob er auch von anderen Juristen gebilligt wurde, wissen wir nicht, zur Rechtfertigung desselben möge nur darauf hingewiesen werden, daß der Act der dictio auch in anderen Punkten für die promissio dotis maßgebend gewesen zu sein scheint, wofür wir uns auf die Bestimmung der l. 21 D. d. J. D. (23. 3) berufen[47]).

2) Ungiltig wegen Zwangs ist ferner auch die pollicitatio[47a]). Diese erzeugt bekanntlich nur dann eine Verbindlichkeit, wenn sie ob iustam causam erfolgt, als welche vorzugsweise honor decretus vel decernendus genannt wird[48]). Liegt eine solche iusta causa nicht vor, so ist die pollicitatio ungiltig und erlangt eine Bedeutung erst coepto opere[49]). Ist nun die pollicitatio durch vis ac metus bewirkt, so fehlt es gewiß an der erwähnten iusta causa, weßhalb sie nichtig sein muß. Dies ist selbst dann anzunehmen, wenn der honor auf Seite des Pollicitanten vorliegt, da es nicht genügt, daß honor vorhanden ist, sondern erfordert wird, daß ob hono-

47) Der dictio war die Bedingung „si nuptiae fuerint secutae" immanent, da sie vor der Ehe vorgenommen wird; mindestens war dies der gewöhnliche Fall. Zeitschrift für R. G. a. a. O. Seite 249. Die gleiche Behandlung der promissio dotis vor der Ehe weist daher wieder auf die dictio, da bei der datio u. s. w. bekanntlich eine andere Behandlung eintrat.

47a) Die pollicitatio reicht über die Kaiserzeit schwerlich hinaus. Immer wird bei ihr auf constitutiones principum verwiesen, von denen die älteste uns bekannte von Trajan ist (l. 14 D. de pollic. 50. 12). Die Unsicherheit des ganzen Verhältnisses noch zur Zeit der divi fratres beweist l. 8 D. eod. Sollte sich die pollicitatio nicht nach dem Muster des votum entwickelt haben? Dafür spräche die Behandlung des votum im Titel de pollicitationibus (l. 2), sowie der Umstand, daß auch das sacerdotium als iusta causa pollicitationis erscheint l. 11 D. eod.

48) l. 1 § 1. l. 3 pr. l. 14 D. eod.

49) l. 1 § 2 D. eod.

rem versprochen wird[50]), was eben im Falle der metus nicht zutrifft. Dazu kommt, daß die pollicitatio auch noch sponte geschehen muß[51]), was bei vorliegendem Zwange wieder nicht der Fall ist. Der Grund der Ungiltigkeit der pollicitatio liegt uns sonach allerdings in der von Brinz[52]) betonten Causalität des Geschäftes, aber nur deswegen, weil hier gewisse factische Motive (honor u. s. w.) wirklich zu rechtlichen Voraussetzungen des Geschäfts erhoben sind, ein Umstand, welcher höchstens noch bei der dictio dotis, nicht aber bei den anderen Causalgeschäften zutrifft. Die erzwungene pollicitatio kann sonach lediglich coepto opere eine Bedeutung erlangen[53]), wobei wir jedoch nur an eine Ausführung seitens des Pollicitanten und zwar eine freiwillige nicht ebenfalls erzwungene denken[54]).

3) Ob auch das Testament eine Ausnahme von dem Grundsatz bilde, ist sehr bestritten[55]). Viele nehmen auch bei ihm Giltigkeit an und tragen dem Zwange lediglich durch An-

---

50) l. 1 § 1. l. 3 pr. u. a. D. h. tit.

51) l. 8 D. eod.

52) A. a. O.

53) Die Ungiltigkeit der erzwungenen pollicitatio wird auch durch l. 9 § 3 D. quod metus (4. 2) nicht widerlegt, da dort nicht von bloßer pollicitatio, sondern von einer cautio pollicitationis die Rede ist.

54) Im Allgemeinen ist es gleichgiltig, ob die Ausführung des opus vom Pollicitanten oder von einem Dritten unternommen wird, woraus ersichtlich ist, daß die Verpflichtung coepto opere nicht auf den Willen des Pollicitanten zurückgeführt werden kann. Sie wurzelt lediglich im öffentlichen Interesse l. 1 § 4. 5 D. eod. Kann man aber dem Beginn der Ausführung durch einen Dritten auch bei der pollicitatio metus causa diese Bedeutung beilegen? Wir glauben dies deswegen verneinen zu müssen, weil es hier, abgesehen von der causa, auch noch an der Spontaneität des ganzen Actes fehlt.

55) Die Literatur dieser Frage s. bei Vangerow. 2. Band, Seite 105 fg.; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 3. Band § 548 Note 2.

wendung der prätorischen Rechtsmittel Rechnung. Jedenfalls ist es aber bei der Bedeutung der Sache sehr auffällig, daß die Anwendbarkeit des Edicts über metus auf Testamente in den Quellen nirgends auch nur erwähnt wird [56]), so daß es fraglich erscheinen muß, ob sich dasselbe überhaupt auch auf Testamente bezog. Denn wäre das der Fall gewesen, dann hätten die Schwierigkeiten, welche sich hier der praktischen Durchführung des Edicts entgegenstellen, gewiß Anlaß zu eingehenden Erörterungen bieten müssen. Ueberdies fehlt es auch nicht an äußeren Anhaltspunkten für die Verneinung der Frage; denn höchst wahrscheinlich mit Bezug auf die Edictsworte, kommen in den Quellen Andeutungen dafür vor, daß sich der Ausdruck gestum nur auf Geschäfte inter vivos beziehe [57]). Eine solche Nichtberücksichtigung des Testaments läßt sich aber nur dann erklären, wenn der Zwang bereits iure civili seine Ungiltigkeit zur Folge hatte. Beweisen läßt sich dies allerdings ebensowenig, wie irgend eine der Ansichten, die über die Behandlung erzwungener Testamente bisher aufgestellt worden sind; namentlich kann aber ein Beweis der l. 20 § 10 D. qui test. (28. 1)

---

56) Windscheid a. a. O.

57) l. 19. 20 D. d. V. S. (50. 16). Diese Stellen sind dem 11. und 12. Buche des Edictscommentars von Ulpian entnommen, stehen daher höchst wahrscheinlich zur restitutio in integrum in Beziehung, da Ulpian in den genannten Büchern von dieser Materie handelte, und diese ihm mit Rücksicht auf die Edictsworte bei metus, minor aetas und capitis deminutio (l. 1 D. quod metus 4. 2; l. 1 § 1 D. minor. 4. 4; l. 2 § 1 D. cap. min. 4. 5) Anlaß bot, die Bedeutung des actum, contractum, gestum festzustellen. Bei der Gelegenheit referirt er die Ansicht Labeo's (l. 19 cit.); obwohl uns nun die weitere Darstellung Ulpian's nicht überliefert ist, so geht doch aus der dem 12. Buche entnommenen l. 20 cit. das hervor, daß Ulpian abweichend von Labeo die Ausdrücke contrahere, gerere in einem weiteren Sinne nimmt, sie aber doch nicht auf das ius testandi bezieht.

nicht entnommen werden, da in derselben nicht so sehr das „inviti", sondern vorzugsweise das „detenti" berücksichtigt werden muß, weßhalb wir nicht an die Assistenz solcher Personen denken dürfen, die dem Zwange nachgebend wirklich als Testamentszeugen fungiren wollen, sondern vielmehr an solche, welche durch Zwang blos zur Anwesenheit verhalten, beziehungsweise am Weggehen verhindert werden [58]). Ist dies richtig, so bietet die Stelle einen Anhaltspunkt für die Nichtigkeit erzwungener Testamente nicht mehr. Wenn man sich nun dennoch für die Nichtigkeit entscheidet, so ist dies nur durch den Hinweis auf die Bestimmungen zu begründen, welche sonst für die Beschaffenheit des Willens bei Testamenten gelten. Diese gehen, wie uns scheint, alle darauf hinaus, eine Garantie zu schaffen, daß das Testament den wirklichen Willen des Testators enthalte, und nicht einen solchen, der materiell unter der Herrschaft eines fremden Willens steht [59]). Ist dem so, dann genügte schon iure civili zum Testament nicht der Wille überhaupt, sondern nur der freie Wille, und dann war natürlich auch das erzwungene Testament nichtig [60]). Der Grund der Ungiltigkeit läge dann aber nicht sowohl im Zwange, als vielmehr in der durch ihn bewirkten Unfreiheit, so daß die Frage entsteht, wann denn diese Unfreiheit vorliege. Gewöhnlich übertragen nun die Anhänger der Nichtigkeit schlechtweg die Bestimmungen

58) Dann steht l. 20 § 10 cit. auf gleicher Stufe mit der l. 1 § 1 D. de auctor. (26. 8), aus welcher man bekanntlich auch die Ungiltigkeit der in Folge vis ac metus ertheilten auctoritas tutoris ableiten wollte. Puchta a. a. O. Seite 117.

59) Arndts Lehrbuch der Pandekten § 491 Note 2.

60) Die l. 1 C. si quis aliq. (6. 34) widerspricht dem nicht, denn gewiß kann unter der civilis disceptatio eher die Erbschaftsklage, als die actio metus verstanden werden. So bereits die Glosse ad h. l. verbo: civili.

des Edicts über die Beschaffenheit des Zwanges auch auf den vorliegenden Fall. Dies ist aber mindestens bedenklich, denn ist das Edict, wie es scheint, auf Testamente überhaupt nicht anwendbar, so wird man auch der sich an dasselbe anschließenden Qualification des Zwanges eine directe Anwendbarkeit bei Testamenten nicht zusprechen können[61]). Mit Sicherheit kann man nur sagen, daß dann gewiß Unfreiheit des Willens vorliege, wenn der Zwang die erwähnte Qualification besitzt; ob aber dieser Grad des Zwanges immer erforderlich war, ob man hier nicht nach andern Grundsätzen vorgegangen ist, das läßt sich bei dem Stande unserer Quellen nicht beantworten.

II. Das prätorische Recht.

A. Der Grundsatz.

Wenn wir jetzt zu dem prätorischen Edict über vis ac metus übergehen, so liegt es nicht in unserem Plane, die Frage nach Zeit und Art seiner Entstehung einer neuerlichen Untersuchung zu unterziehen[62]); wir wollen hier ledig den Gedan-

61) Glück, Commentar, 33. Band. Seite 433 fg.

62) S. Rudorff in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 12. Band Seite 149 fg.; Huschke ebendaselbst 14. Band Seite 281 fg.; Rudorff, Römische Rechtsgeschichte 2. Band Seite 364 Note 2; edictum perpetuum p. 56. 57. Nur die Bemerkung sei uns gestattet, daß die Annahme zweier Edicte über vis ac metus, welche auch in dem edictum perp. Rudorffs l. c. wiederkehrt (edictum Gaii Cassii Longini und Octavii) nicht gerechtfertigt ist. Denn erstens ist gar kein Grund vorhanden, ein besonderes Edict eines Cassius über metus anzunehmen; wir wissen nur so viel, daß Cassius die exceptio metus nicht aufgestellt hat (l. 4 § 33 D. d. exc. doli 44. 2), daß aber ein Cassius etwas über metus edicirt habe, ist unseres Wissens

ken entwickeln, den das Edict nach seiner Vollendung betreffs des Zwanges zur Geltung bringt. Dieser spricht sich entschieden genug in den Worten des Prätors aus: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. Auch der Prätor negirt hiemit die Existenz der erzwungenen Handlung nicht, denn auch er kann sich der Wahrheit nicht verschließen, daß der Zwang das Vorhandensein des Willens als solchen nicht ausschließt; allein während das ius civile im Großen und Ganzen für seine Geschäfte den Willen an sich für genügend hält, legt der Prätor bereits auf die Art seiner Entstehung insofern Gewicht, als er dem erzwungenen Willen für sein Forum jede rechtliche Geltung abspricht, der Zwang mag von wem immer ausgegangen sein, so daß wir von seinem Standpunkte aus das erzwungene gestum für ungiltig halten müssen. Nur so kann man das ratum non habere des Edicts verstehen, nach Etymologie und zahlreichen Parallelstellen[63]).

---

nirgends gesagt, am allerwenigsten beweisen dies l. 11 D. q. in fraud. (42. 8), l. 26 § 7 D. ex q. caus. mai. (4. 6), l. 99 D. de acq. h. (29. 2). Zweitens: Ebenso grundlos ist es aber überhaupt, zwei Edicte über metus anzunehmen; der Titel quod metus 4. 2 spricht stets nur von einem Edict (hoc edictum). Freilich könnte diese Einheit des Edicts erst durch die Redaction Julian's geschaffen sein, allein dann ist es doch auffällig, daß bereits Pedius nur ein Edict kennt (arg. l. 7 pr. D. h. tit.). Steht die Einheit des Edicts fest, dann bilden die in der l. 1 D. eod. überlieferten Edictsworte den Eingang und charakterisiren zugleich die ganze Tendenz des Edicts (Schröter, Zeitschrift für C. und P. 6. Band, Seite 116); an sie schlossen sich dann die Bestimmungen über die actio quod metus sammt deren Formel (l. 9 § 3 l. 14 § 1. l. 19 D. eod.). Ob die exceptio besonders erwähnt war, muß dahin gestellt bleiben. (Burchardi a. a. O. Seite 307; Schliemann a. a. O. Seite 12), während die restitutio in integrum wohl erst späteren Ursprungs ist. Burchardi, a. a. O. Seite 360 fg. Schröter, a. a. O. Seite 118 fg., Spaltenstein, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Seite 138 fg.

63) Brissonius, de verborum significatione v. rata seq. In

Die Durchführung dieser Satzung bedarf aber einer näheren Betrachtung.

A. Was vor Allem die Rechtsgeschäfte des ius civile betrifft, so werden diese selbstverständlich in ihrer civilen Existenz durch die Bestimmung des Edices nicht alterirt. Negirt wird seitens des Prätors, wie das unläugbar in seiner Macht steht, blos ihre jurisdictionelle Geltung. Werden sie nämlich gerichtlich geltend gemacht, so verweigert der Prätor entweder sofort die Klage, wenn vis ac metus erwiesen vorliegt, oder er giebt gegen sie eine exceptio. Ist das Geschäft bereits vollzogen, so hilft die actio quod metus causa; außerdem kann auch noch restitutio in integrum Platz greifen. Auf diese Weise ist der civile Bestand des Geschäftes zu Folge des prätorischen Princips ein rein nomineller geworden.

B. Wie verhält sichs aber mit der Durchführung des prätorischen Grundsatzes bei rein prätorischen Geschäften? Gerade dieser Punkt ist für uns von besonderer Wichtigkeit, weßhalb wir auf ihn genauer eingehen müssen.

Erstens. Betreffend zunächst die Geltendmachung des erzwungenen Geschäftes selbst, so wäre ihr gegenüber die Durchführung der Ungiltigkeit eine sehr einfache, wenn die Formel aus solchen prätorischen Geschäften den Richter parallel der formula in ius concepta angewiesen hätte, zu untersuchen, ob der Anspruch des Klägers nach dem Edict begründet sei oder nicht. Denn dann müßte der Richter diese Frage entschieden verneinen, ebenso gut als er z. B. das dare oportere bei

---

der That, wie hätte der Prätor von seinem Standpunkte aus die Ungiltigkeit anders ausdrücken können? Dadurch erledigt sich die Bemerkung Dworzak's in Haimerl's V. J. Sch. 9. Band L. A Seite 44, daß sich im Edicte keine Spur von der Nichtigkeit erzwungener Geschäfte finde.

einer formula in ius concepta wegen erfolgter Zahlung u. s. w., vom Standpunkte des ius civile aus verneinen muß. Bekanntlich hat aber der Prätor bei Aufstellung seiner Klagen einen anderen Weg eingeschlagen, wobei wir die Gründe dieses Vorgangs hier ganz außer Betracht lassen. Dieser besteht darin, daß, um bei dem Hauptfall der actiones in factum stehen zu bleiben, in der Formel die Thatsachen[64]) angeführt werden, von denen der Condemnationsbefehl abhängig ist. Dies gilt sowohl von den im prätorischen Sinne rechtserzeugenden Thatsachen, als auch von den dem betreffenden Verhältniß eigenthümlichen Aufhebungs- beziehungsweise Hinderungsgründen, welche ebenfalls in die intentio aufgenommen werden. An Beispielen dafür fehlt es nicht, wir verweisen lediglich auf die actio depositi in factum, ferner auf die actio hypothecaria, de pecunia constituta, welche sämmtlich, die letzteren zwei wenigstens nach der gangbaren Fassung, schon in der intentio negative Momente enthalten, die eben deswegen nicht als exceptiones angesehen werden können, und die der Prätor schon aus dem Grunde in das ordentliche Klagformular aufgenommen hat, weil sie zur Charakterisirung des darin niedergelegten Rechtsgedankens nothwendig sind. Alle in der intentio enthaltenen positiven und negativen Momente können nun, um auf

64) Diese Thatsachen können nicht blos einfache, sondern auch Collectivthatsachen sein. Ist insbesondere die fragliche Thatsache eine Handlung, z. B. constituere, pignori obligare, so hat der Richter nicht blos das äußere Ereigniß zu constatiren, sondern auch zu sehen, ob die Erfordernisse einer juristischen Handlung überhaupt vorliegen. So kann es dann auch bei der actio in factum geschehen, daß der Richter sein Augenmerk auf solche Umstände richten muß, welche in der Formel nicht ausdrücklich erwähnt sind. Namentlich gilt dies von der Handlungsfähigkeit l. 1 § 2. D. de pec. const. (13. 5) l. 28 pr. § 1 D. de pactis (2. 14). Daß wir hier nicht Untersuchung ex officio im heutigen Sinne meinen, bedarf kaum der Erwähnung.

unsere Frage zurückzukommen, auch dann zutreffen, wenn vis ac metus unterlaufen ist, denn diese schließt weder die äußere Thatsache, noch auch die Handlung aus; auch dann, wenn Jemand gezwungen ein Constitutum oder eine Verpfändung vorgenommen hat, so liegt doch ein constituere, pignori obligare u. s. w. vor. Soll nun der Richter entsprechend dem oben hervorgehobenen prätorischen Grundsatze in der Lage sein, das Moment der vis ac metus zu berücksichtigen, so muß dessen in der Formel Erwähnung geschehen, mit a. W. es muß ihm dieses Moment in der Formel zur Erwägung gestellt werden. Die Frage ist nur, wie geschieht dies. Die eine Möglichkeit wäre die, vis ac metus als negative Voraussetzung schon in die intentio aufzunehmen, ähnlich wie dies betreffs der solutio und satisfactio bei der formula hypothecaria geschah. Dann wäre aber unläugbar die Fassung der Formel eine höchst schleppende, denn dann müßte schon das ordentliche Klagsformular, zu dem doch die intentio unstreitig gehört, nicht blos die Beziehung auf vis ac metus, sondern in gleicher Weise auch alle anderen prätorisch-relevanten negativen Momente enthalten, so daß der Prätor in jeder Formel eigentlich sein ganzes Edict abschreiben müßte. Bei diesem Sachverhalte bleibt nur die zweite Möglichkeit übrig, nämlich die, das Moment der vis ac metus auch bei prätorischen Klagen als exceptio auftreten zu lassen. Aeußerlich trifft sonach die Behandlung der vis ac metus mit der zusammen, welche ihr bei der actio in ius concepta zu Theil wird, principiell ist aber doch eine bedeutende innere Verschiedenheit beider Fälle vorhanden. Während nämlich dort trotz der exceptio das Rechtsverhältniß kraft des ius civile als selbstständiges besteht, so ist hier, wenn die exceptio metus begründet ist, gar nichts vorhanden, als eine Reihe prätorisch relevanter Thatsachen, die aber wegen der metus die ihnen sonst zukommende prätorische Wir-

kung nicht äußern können. Denn worin besteht diese? Nur in dem Condemnationsbefehl; gerade dieser greift aber in dem Falle nicht, wo die exceptio begründet ist. Trotz der exceptio haben wir daher hier eine wahre Ungiltigkeit, da den erwähnten Thatsachen jede juristische Wirkung abgeht. In der That ist es denn auch logisch ganz unmöglich, in diesem Falle Giltigkeit, wenn auch Wirkungslosigkeit, anzunehmen; denn einerseits heißt es z. B. im Titel de pecunia constituta; — — iudicium dabo, anderseits dagegen: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo; soll man nun annehmen, daß auf Grund der ersten Edictsstelle die actio wirklich begründet, auf Grund der zweiten dagegen sofort entkräftet sei, oder soll man sagen, daß für diesen Fall die Zusage des Iudiciums überhaupt nicht gelte? Wir entscheiden uns ohne Zögern für das letztere, da die erstere Auffassung die actio als ein dem Prätor gegenüber selbstständiges Verhältniß ansieht, das Ganze also nach dem Muster des ius civile behandelt. Daß man der exceptio gegenüber gewöhnlich an ein begründetes Rechtsverhältniß denkt, ist nur bei der actio in ius concepta zutreffend; denn bei dieser existirt trotz der exceptio unläugbar ein civiles Rechtsverhältniß, welches, um bei dem Hauptfall zu bleiben, durch ein prätorisches Princip bekämpft wird. Bei den prätorischen Klagen jedoch, also innerhalb des Gebietes des prätorischen Rechtes selbst, fällt das ganz weg, das was hier der exceptio gegenübersteht, das ist kein Rechtsverhältniß, sondern nur die intentio, deren Folgen eben durch die exceptio ausgeschlossen werden. In diesem formalen Moment, daß die exceptio gegen die intentio steht und die prätorische Folge der letzteren, die condemnatio, ausschließt, treffen sonach beide Fälle zusammen, der Unterschied ist aber immer der, daß die intentio dort ein civiles unabhängig vom Edict bestehendes Rechtsverhältniß umfaßt, während sie hier nur

Thatsachen enthält, so daß hier blos eine prätorisch bedeutende Thatsache anderen solchen Thatsachen gegenübersteht[65]). Dies wird genügen, das Vorhandensein einer wahren Nichtigkeit, trotz exceptionsweiser Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes innerhalb des prätorischen Rechtes anschaulich zu machen[66]), worin zugleich ein weiterer Beweis für die in neuester Zeit hervorgetretene Ansicht gelegen ist, daß aus der Form der exceptio auf die materielle Bedeutung des ihr zu Grunde liegenden Umstandes nicht geschlossen werden kann, welcher Beweis nebenbei bemerkt dadurch an Kraft gewinnt, daß er unabhängig von Eisele's trefflicher Schrift[67]) geführt wurde.

Zweitens. Ganz besonders muß die Ungiltigkeit des erzwungenen prätorischen Geschäfts dann hervortreten, wenn der Vollzug desselben bereits erfolgt beziehungsweise factisch schon

---

65) Das im Vorstehenden an der actio in factum Entwickelte gilt in gleicher Weise auch von der actio ficticia, denn auch sie stützt sich auf in dieser Hinsicht blos prätorisch-relevante Thatsachen, nur der Ausdruck derselben ist ein anderer.

66) Die prätorische Ungiltigkeit läßt sich im Allgemeinen folgendermaßen skizziren: 1) Es fehlen schon die eigentlich rechtserzeugenden Thatsachen z. B. der Verpfändungsact u. s. w., oder 2) die rechtserzeugenden Thatsachen sind zwar vorhanden, ihre Wirkung ist jedoch durch rechtshindernde oder rechtsaufhebende Thatsachen ausgeschlossen. Beide können doppelter Art sein: a) entweder sind sie dem betreffenden Verhältniß eigenthümlich oder gehören doch zur Charakterisirung seines Rechtsgedankens, dann erscheinen sie als negative Momente bereits in der intentio, so das neque solutum u. s. w. der hypothecaria actio, das dolo malo redditam non esse der actio depositi u. s. w.; oder b) es ist dies nicht der Fall, wie gewöhnlich beim Dolus, ferner bei vis ac metus, pactum de non petendo u. s. w., dann treten sie in der Form der exceptio auf.

67) S. oben Note 13. Dazu Zimmermann's lehrreiche „Kritische Bemerkungen". Gießen 1872, ferner Brinz in der Münchner kritischen V. J. Sch. 14. Band Seite 206 fg. und Göppert in der Zeitschrift für deutsche Gesetzgebung 6. Band, Seite 399 fg.

die Veränderung eingetreten ist, welche das letzte Ziel der vis ac metus war. Denn dann muß, falls das erzwungene Geschäft wirklich ungiltig ist, prätorisch-rechtlich noch immer der frühere Zustand maßgebend sein und es müssen namentlich trotz des erzwungenen Geschäftes die Rechtsmittel ohne weiteres anwendbar sein, welche aus diesem früheren Zustande entspringen. Daß nebenher auch noch die actio metus zulässig ist, steht der Ungiltigkeit des erzwungenen Geschäfts nicht entgegen, in welcher Beziehung wir auf die eingehenden Ausführungen Schliemann's[68]) und Brinz'[69]) verweisen. Wir wollen nun den Beweis versuchen, daß nach prätorischem Rechte wirklich der dem erzwungenen Geschäft voraufgehende Zustand maßgebend war, wobei wir uns jedoch bei der Spärlichkeit der Quellen blos auf die Betrachtung zweier Fälle beschränken müssen, nämlich auf die Fälle der prätorischen Manumission und der Eigenthumstradition.

1) Die prätorische Manumission. Darunter verstehen wir die unvollkommene Freilassung, als deren Hauptfälle die unförmlichen Manumissionen inter amicos und per epistolam anzusehen sind[70]). Daß diese ungiltig waren, sagen uns zunächst zwei Stellen der Pandekten die ihrem ursprünglichen Sinne nach blos von formlosen Manumissionen verstanden werden können.

Die eine derselben ist die l. 17 pr. D. qui et a quib. (40. 9) von Paulus:

Si privatus coactus a populo manumiserit, quamvis voluntatem accommodaverit, tamen non erit liber; nam

68) A. a. O. Seite 13 fg., Seite 150 fg.

69) A. a. O. Seite 1428 fg.

70) Ueber die anderen Fälle s. Gaius I. § 22; Ulp. fragm. I § 12. 16; Dosith. fragm. 12. 14.

et Divus Marcus prohibuit, ex acclamatione populi manumittere.

Paulus spricht hier wahrscheinlich von einer Manumission im Circus, welche als Abart der manumissio inter amicos anzusehen ist, und erklärt sie des Zwanges wegen direct für nichtig, darüber kann gar kein Zweifel sein.

Die zweite Stelle ist die l. 9 pr. D. eod. von Marcianus:

Ille servus liber non erit, qui vi coëgerit, ut eum dominus manumittat, et ille perterritus scripsit, liberum eum esse.

Zwar hat man diese Stelle auf die manumissio testamento bezogen[71]), allein schon das liberum esse deutet auf eine gegenwärtig beabsichtigte Wirkung[72]). Marcian spricht hier lediglich von der Freilassung per epistolam und erklärt selbe des Zwanges wegen ebenfalls für ungiltig.

Beide Stellen führen sonach die Ungiltigkeit der Manumission auf den Zwang zurück, ohne uns jedoch zu sagen, worin denn diese vernichtende Kraft des Zwanges beruhe; zwar erwähnt die l. 17 cit. in dieser Richtung ein Verbot des Kaisers Marcus, allein der ganzen Fassung der Stelle nach ist dies nur ein Nebengrund, welcher zur Unterstützung der bereits feststehenden Ungiltigkeit angeführt wird; der Hauptgrund wird in keiner der Stellen genannt[73]).

---

71) Schlieman a. a. O. Seite 63.

72) Savigny a. a. O. 3. Band, Seite 103 Note d bezieht die Stelle auf eine blos schriftliche Anerkennung der Freiheit. Allein wie stimmt dies mit dem sonstigen Inhalt und dem perterritus, welches der Annahme einer Intrigue gewiß nicht günstig ist.

73) Savigny a. a. O. stützt die Ungiltigkeit blos auf das erwähnte Verbot, gewiß gegen die Fassung der Stelle und gegen Dosith. fragm. § 7.

Diesen nennt uns erst Dosith. fragm. § 7:

In his, qui inter amicos manumittuntur, voluntas domini spectatur, lex enim Iunia eos fieri latinos iubet, quos dominus liberos esse voluit. Hoc vero cum ita sit, debet propositum manumittendi habere dominus; unde si per vim coactus, verbi gratia ab aliquo populo vel a singulis hominibus, manumiserit, non veniet servus ad libertatem, quia non intelligitur voluisse, qui coactus manumisit —

welcher die erwähnte Wirkung des Zwanges ausdrücklich auf die lex Iunia Norbana zurückführt. Nun hat aber die lex Iunia Norbana bekanntlich die Latinität nur bei solchen Freigelassenen eintreten lassen, welche bisher voluntate domini tuitione praetoris in libertate waren, hat also die Latinität lediglich an die Stelle des bis dahin blos prätorisch geschützten in libertate esse gesetzt[74]). Dies führt zu dem Schlusse, daß die unförmliche Manumission, welche nach der lex Iunia Norbana keine Latinität zur Folge hat, also ungiltig ist, vor der lex Iunia Norbana auch keinen prätorischen Schutz genoß, also ebenfalls u. z. prätorisch ungiltig war. Die Anwendung auf die erzwungene Manumission ergiebt sich danach von selbst. In der That ist es denn auch gar nicht schwer, die prätorische Ungiltigkeit der erzwungenen formlosen Manumission zu erklären. Bekanntlich blieb bei diesen Manumissionen der

74) Ut possit habere servus libertatem, talis esse debet, ut praetor, sive proconsul eius libertatem tueatur; nam et hoc lege Iunia cautum est. Dosith. fragm. § 8 cf. § 5. — qui nunc Latini Iuniani dicuntur, olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos. Gaius III § 56; Ulp. frag. I § 10. Auf die Manumission seitens eines Peregrinen bezog sich das Gesetz nicht, hier blieb es bei dem tuitione magistratus in libertate esse. Dos. frag. § 12.

Freigelassene iure civili Sklave, wurde aber seitens des Prätors mit Rücksicht auf das voluntate domini in libertate esse im Genusse der Freiheit geschützt. Schwerlich wurde nun dieser Schutz in der Form einer praescriptio (pro reo) oder exceptio, sondern wahrscheinlich durch ein dem Präjudicium (petitio in servitutem) voraufgehendes Verfahren gewährt[75]), in welchem der Prätor selbst untersuchte an is homo volun-

75) Wir beschränken uns hier lediglich auf die Zeit des Formularprozesses, welcher nicht mehr die alte vindicatio in servitutem, sondern nur das in dem Pandektentitel de liberali c. (40. 12) behandelte praeiudicium kennt. Daß zur Zeit der Legisactionen das voluntate domini in libertate esse auch bereits eine juristische Bedeutung hatte, möchten wir bezweifeln, wenn aber, so kann es auch nur durch ein Vorverfahren geschützt worden sein. Dies vorausgeschickt diene zur Begründung des im Texte Gesagten Folgendes: Die Anwendung einer praescriptio ließe sich vorliegenden Falls allerdings denken, dagegen bietet die exceptio Schwierigkeiten, denn eine Formel ungefähr des Inhalts: si paret hunc hominem ex J. Q. servum A. A. esse, si non voluntate A. A. in libertate est, iudex eum servum A. A. pronunciato muß Anstoß erregen. Gerade dies spricht aber auch gegen die praescriptio, da später alle praescriptiones pro reo, sofern sie überhaupt noch Bedeutung behielten, in exceptiones übergingen und man nicht annehmen kann, daß gerade in unserm Falle die Form der praescriptio fortgedauert habe. Dann bleibt aber nur das Vorverfahren übrig. Positiv sprechen für dasselbe a) die Ausdrücke auxilium, intervenire, Gaius III § 56. Dos. frag. § 7, welche auf ein unmittelbares magistratisches Einschreiten hinweisen; b) der Umstand, daß dieses auxilium auch dann eintrat, wenn der Freigelassene per vim in die Sklaverei zurückgenommen worden war (Dos. frag. l. c.), wobei man weder an eine exceptio, noch an eine actio denken kann; endlich c) die Analogie der Behandlung der proclamatio in libertatem bei dem qui pretii participandi causa v. s. p. e., welche das Gegenstück zu unserem Falle bildet. Denn während der Prätor hier einen Sklaven in forma libertatis tuetur, so versetzt er dort einen Freien in formam servitutis. Auch dort wird niemals eine praescriptio oder exceptio erwähnt, wohl aber ein Vorverfahren genannt (l. 7 § 5 D. de lib. c. 40. 12).

tate domini in libertate sit[76]), um dann nach dem Resultat dieser Untersuchung das Präjudicium zu verweigern oder zuzulassen. Stellte sich nun bei dieser Untersuchung der Einfluß des Zwanges heraus, so war es ganz natürlich, daß der Prätor, dessen Edict das „quod metus causa gestum erit, ratum non habebo“ aussprach, auch der erzwungenen Manumission eine Bedeutung nicht zuerkannte, mit a. W. des Zwanges wegen das voluntate domini in libertate esse nicht gelten ließ. Dadurch erklärt sich zugleich die Deduction des vorstehenden § 7 Dosith. fragm., welche unerklärlich wäre, wenn man sich ihr gegenüber, etwa wegen der lex Iunia Norbana auf den Standpunkt des ius civile stellte und blos auf die Existenz der voluntas Gewicht legte. Daß dies nicht geschieht, daß vielmehr daselbst dem Willen trotz seiner Existenz die Geltung abgesprochen wird[77]), das ist lediglich eine Nachwirkung der früheren prätorischen Behandlung, welche sich aus dem eigenthümlichen Verhältniß der lex Iunia Norbana dieser gegenüber erklärt[78]).

76) Daß dies der Fragepunkt war, beweist l. 28 D. de lib. c. (40. 12).

77) Die Existenz des Willens trotz des Zwanges beweist: l. 19 cit. — quamvis voluntatem accommodaverit.

78) Mit vis ac metus steht auch die interessante l. 2 D. quib. ad lib. (40. 13) im Zusammenhange, welche u W. bisher in dieser Frage nicht benützt worden ist. Aus derselben ergiebt sich: a) daß der Uebergang des quiritischen Eigenthums am Sklaven durch vis ac metus nicht ausgeschlossen wird. Daß im Sinne des Marcellus wirklich an quiritisches Eigenthum zu denken ist, beweist die vom Erwerber vorgenommene manumissio testamento. b) Daß diese Manumission nicht wegen Formgebrechens, sondern blos deshalb ungiltig ist, weil anderntfalls Titius um seinen Klageanspruch ex metu gegen den Erben des Zwingenden käme. Marcellus behandelt sonach die Manumission, als in fraudem creditoris geschehen, was insofern begründet ist, als Titius

2) Die Eigenthumstradition. Daß trotz des Zwanges das bonitarische Eigenthum dem Mancipanten verbleibe, beweist Paulus sent. rec. I. 7 § 6. Freilich könnte man dies daraus erklären wollen, daß daselbst nur die Mancipation, nicht aber auch die Tradition als geschehen vorauszusetzen sei; daß es aber auch dann gelte, wenn tradirt ist, daß also auch die erzwungene Tradition das bonitarische Eigenthum unberührt lasse, mit a. W. prätorisch ungiltig sei, beweisen folgende Stellen:

a) l. 9 § 4 D. h. tit. (4. 2): Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione.

Das Erforderniß einer restitutio i. i. wird hier nur für die actio in personam erwähnt, nicht für die actio in rem, was den Schluß nahe legt, daß sie bei dieser nicht nothwendig war, wofür die Erklärung in der folgenden Stelle gegeben ist.

b) l. 9 § 6 D. eod.: Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius, qui vim passus est, verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem vel contra.

---

wegen der Eigenthümlichkeit der actio metus andernfalls trotz der Solvenz der Erbschaft um seinen Anspruch käme (arg. l. 16 § 2. l. 27 pr. l. 5 § 5 D. 9. et a quib. 40. 9). c) Endlich, daß Marcellus, obwohl er sonst die Zulässigkeit der actio metus gegen Dritte energisch vertritt (l. 9 § 8 D. quod metus 4. 2) dem Freigelassenen gegenüber diese Klage nicht zuläßt. — Dies führt uns auf die Wirkung der erzwungenen förmlichen Manumission. Die Parallele mit den anderen Geschäften des ius civile, namentlich mit den Formalgeschäften, ferner die Analogie der l. 7 pr. D. de dolo (4. 3) sprechen entschieden für die Giltigkeit, zugleich zeigt l. 7 cit. die Unhaltbarkeit des von Windscheid a. a. O. § 80 Note 2 für die Ungiltigkeit der Manumission vorgebrachten Grundes nach classischem Recht.

Hier wird die in rem actio geradezu auf das fortdauernde in bonis esse basirt, ohne daß der restitutio i. i. überhaupt nur Erwähnung geschähe[79]).

c) l. 3. C. h. tit. (2. 20). Si vi vel metu fundum avus tuus distrahere coactus est, etiamsi maxime emtor eum alii vendidit, si tamen avo tuo heres exstitisti, ut tibi reddito a te pretio restituatur, postquam placuit **in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui edicti**, adito praeside provinciae poteris postulare, si modo, qui secundo loco comparavit, longae possessionis praescriptione non fuerit munitus.

Daß bei dieser Stelle an eine restituirte actio in rem nicht zu denken sei, beweisen die hervorgehobenen Worte, welche unbefangen nur von einer Hinweisung auf die nach der Fassung des Edicts (ratum non habebo) unmittelbar zustehende actio in rem verstanden werden können[80]).

---

79) Brinz a. a. O. Seite 1423 fg.

80) Uebrigens verweisen wir auf die gründliche Interpretation dieser Stelle bei Schliemann a. a. O. Seite 69 fg., welche auch durch die neuesten Ausführungen Spaltenstein's a. a. O. Seite 142 Note 1 nicht entkräftet wird. Dieser stützt die Nothwendigkeit der Restitution gerade auf die Worte secundum formam perpetui edicti, ähnlich auch schon Dworzak a. a. O. Wie man aber gerade in diesen Worten einen Hinweis auf die restitutio i. i. finden kann, vermögen wir nicht einzusehen, am nächsten liegt wohl die im Texte gegebene Deutung derselben. Die Herbeiziehung der restitutio i. i. wird übrigens immer an dem Schlußsatze der Stelle scheitern, wofür gerade die Interpretation Spaltenstein's der Beleg ist; denn trotz vieler Suppositionen vermag er die Bedeutung der l. t. possessio in l. 3 cit. nicht zu erklären. Denn ist die restitutio i. i. nothwendig, so kann es sich gewiß nicht um den Ablauf der l. t. possessio, sondern nur um die Verjährung der restitutio i. i. handeln, gerade von dieser spricht aber die Stelle nicht. Dworzak a. a. O. erregt die Annahme der (nicht restituirten) in rem actio deßwegen Bedenken, weil sie auf die Ungiltigkeit der in l. 3 cit. erwähnten venditio hinausführe. Allein diese Schwie-

Alle drei Stellen schreiben daher die actio in rem dem zu, der den Zwang erlitten hat, worunter wir nur den Tradenten verstehen können, weil im Falle bloßer Mancipation — an welche übrigens nur bei den zwei ersten Stellen gedacht werden könnte — die actio in rem gar nicht am Platze wäre. Alle drei Stellen erklären sonach die erzwungene Tradition als für das Recht des Tradenten bedeutungslos[80a]), wobei es gleichgiltig ist, ob nebenbei Mancipation u. s. w. vorgekommen ist oder nicht.

Die Durchführung der in rem actio bedarf aber noch einer näheren Betrachtung, wobei wir stets die kaufsweise Tradition zu Grunde legen werden. Die Fälle, die hier zur Erwägung stehen, sind folgende:

a) Ist der Tradent bloß bonitarischer Eigenthümer, so kann er gegen den Empfänger B die Publiciana in rem actio anstellen[81]), da dessen exceptio rei venditae ac traditae durch die replicatio metus entkräftet wird. Ebenso verhält es sich mit der exceptio dominii des B, wenn dieser mittlerweile die Sache usucapirt hat[82]). Nebenbei ist denn auch die actio metus gegen B zulässig. Wird dagegen die Publiciana erst gegen den Successor des B angestellt, so gilt Folgendes:

---

rigkeit verschwindet, sobald man, wie wir, zwischen civilem und prätorischem Rechte unterscheidet. Denn so gewiß die venditio vom Standpunkt des ersteren aus trotz des Zwanges giltig ist, so sicher ist sie nach letzterem ungiltig.

80a) Auf erzwungene Traditionen ist auch l. 22 D. l. tit. (4. 2) zu beziehen. Brinz a. a. O. Seite 1424.

81) Daß bei ihm trotz der Tradition die Voraussetzungen der Publiciana vorliegen, bedarf keines Beweises, ergibt sich aber auch aus dem früher über die prätorischen Klagen Gesagten.

82) Daß B die Sache usucapiren könne, ergibt sich aus der geschilderten Bedeutungslosigkeit des Zwanges iure civili. Zweifelhaft könnte übrigens nur die b. f. des B sein, allein auch dieses Bedenken fällt wenigstens dann weg, wenn B vom Zwange keine Kenntniß hat.

α) Vertheidigt sich dieser durch die exceptio r. v. ac tr., stützt er sich also auf die seinem Auctor B gegenüber vorgenommene Tradition, so wirkt selbstverständlich die replicatio metus. Kann sich aber der Successor nicht dadurch schützen, daß er sich auf den Erwerb der Sache von B beruft, da er ja in Folge dessen als ein solcher b. f. possessor erscheint, der den Besitz von einem anderen Auctor herleitet, als der Kläger? Nein, eben weil er Successor ist und als solcher auch in das relativ schwächere Recht desselben eintritt[83]). Excipirt er auf Grund des Erwerbes von B, so replicirt der Kläger dahin, daß er dem B die Sache metus causa tradirt habe.

β) Hat der Successor die Sache mittlerweile ersessen, so ist ihm gegenüber die replicatio metus unwirksam, weil seiner Ersitzung, die er auf den Erwerb der Sache von B stützt, kein metus causa gestum zu Grunde liegt[84]) und er überdies jetzt einen originären Erwerb für sich hat. Dies wird durch die vorstehende l. 3 cit. bestätigt, derzufolge die actio in rem gegen den zweiten Käufer durch die longi temporis possessio entkräftet wird. Dasselbe muß auch von der Usucapion gelten. In einem solchen Falle ist dann auch von der actio metus keine Rede.

b) Ist der Tradent zugleich quiritischer Eigenthümer, so hat er außer der Publiciana auch noch die rei vindicatio, jedoch nur so lange, als die Sache nicht, sei es vom B oder von dessen Successor, usucapirt ist, weil mit der Vollendung der Usucapion das Fundament der rei vindicatio entfällt. Betreffs der actio metus gilt das im vorigen Punkte Ge-

83) Schliemann a. a. O. Seite 164 fg., welcher nachweist, daß die l. 9 § 4 D. de Publ. (6. 2) blos relative Anwendung finden könne.

84) Eine Ausnahme wird aber dann eintreten, wenn der Successor vermöge der accessio possessionis auf das metus causa gestum zurückgreift.

sagte, demzufolge sie nach Vollendung der Ersitzung regelmäßig dem Successor gegenüber unwirksam ist.

B) Nähere Bestimmung der Ungiltigkeit.

Die geschilderte Ungiltigkeit kann lediglich als eine relative bezeichnet werden, da sich nur der, qui vim passus est und seine Successoren auf sie berufen können. Leider steht aber das Wesen der relativen Nichtigkeit nicht ganz fest. Meistens denkt man sich darunter einen Schwebezustand[85]), der am schärfsten von Unger[86]) als schwebende Nichtigkeit, characterisirt wird, demzufolge es bei einem solchen Geschäft ungewiß ist, ob Nichtigkeit vorliegt oder nicht, sonach auch ungewiß ob jetzt Giltigkeit vorhanden ist, oder nicht. Es kann nicht unsere Aufgabe sein bei dieser Gelegenheit den Begriff der relativen Nichtigkeit in seinem ganzen Umfange einer eingehenden Erörterung zu unterziehen, wir wollen lediglich feststellen, wie es sich mit der relativen Nichtigkeit erzwungener Geschäfte verhalte. Wir charakterisiren dieselben als derzeitige Ungiltigkeit[87]), welche jedoch durch den Willen des Gezwungenen zur Giltigkeit werden kann[88]). Denn daß das

85) Windscheid a. a. O. 1. Band § 82 Note 8; Schliemann a. a. O. Seite 137 fg.

86) A. a. O. § 91 Note 42 Seite 151.

87) Wächter, Handbuch des würtemberg'schen P.-R. 2. Band. Seite 666, 667.

88) An dieser nachträglichen Belebung des Geschäftes kann ihn der andere Theil nicht hindern und insofern kann man sagen, daß dieser dem Gezwungenen gegenüber die Ungiltigkeit nicht geltend machen kann. Keineswegs hat dies aber den Sinn, daß der andere Theil sich auf den Zustand der relativen Ungiltigkeit, d. h. auf die jetzt vorhandene Ungiltigkeit mit der Möglichkeit der Belebung des Geschäftes seitens des Gezwungenen, nicht dritten Personen gegenüber berufen könnte. Dies

Geschäft jetzt ungiltig ist, zeigt der Umstand, daß der andere Theil auf Grund desselben keine condemnatio erwirken kann, und daß anderseits der Gezwungene trotz der Tradition die dinglichen Rechtsmittel hat. Allerdings kann der Gezwungene das Geschäft gelten lassen, dies setzt aber immer einen nachfolgenden Willensact voraus, der ebensogut ausbleiben kann, daher etwas rein Zufälliges ist. So lange er nun nicht vorliegt, ist das Geschäft ungiltig.

Betreffend diesen nachfolgenden Willensact selbst, der übrigens ein ausdrücklicher oder stillschweigender sein kann[89]), so ist er nicht als ein neuer Geschäftsabschluß, sondern nur als Beseitigung beziehungsweise Entkräftung eines rechtshindernden Momentes anzusehen. In Folge dessen kommt jetzt der früher vorgenommene Act nachträglich zur (prätorischen) Giltigkeit. Bei civilen Geschäften ist dies nichts auffälliges, denn trotz des Zwanges existirt dort das civile Rechtsverhältniß, das was ihm fehlt, ist lediglich die prätorische Verfolgbarkeit, welche wegen der vis ac metus ausgeschlossen ist; fällt später die

---

ist namentlich bei dem von Schliemann a. a. O. Seite 144 angeführten Falle festzuhalten, dessen Entscheidung danach wesentlich anders ausfallen müßte.

89) Bei einseitigen Rechtsgeschäften wird dieser spätere Willensact gewiß auch nur ein einseitiger sein. Wie aber bei zweiseitigen Rechtsgeschäften? Auch hier genügt der einseitige Wille des Gezwungenen, nur muß diese Genehmigung, Anerkennung u. s. w. dem anderen Theile irgend wie erklärt sein. Factisch wird allerdings namentlich die stillschweigende Genehmigung gewöhnlich in einem zweiseitigen Acte (Zahlung, Pfandbestellung u. s. w.) enthalten sein, dies ist aber rein zufällig. Denn gewiß wird man z. B. dann eine nachträgliche Giltigkeit annehmen müssen, wenn A dem B das, was er diesem gezwungen von einem Dritten versprochen hat, freiwillig und zwar zu einer Zeit zahlt, wo B vom Zwange noch gar keine Kenntniß hat, und doch ist hier die im zweiseitigen Acte der Zahlung enthaltene nachträgliche Genehmigung blos ein einseitiger Act.

Bedeutung der Metus weg, so tritt auch die prätorische Verfolgbarkeit sofort hervor, weil sie ordentlicherweise nur an den Bestand des Rechtsverhältnisses geknüpft ist. Aber auch bei prätorischen Geschäften gilt im Wesen das Gleiche, denn das, was wir dort haben, ist nur eine Summe von Thatsachen, diese können allerdings in dem Momente, wo sie gesetzt werden, die ihnen sonst zukommende Wirkung wegen des Zwanges nicht äußern, deßwegen bleiben sie aber doch das, was sie sind, prätorisch relevante Thatsachen. Diese Relevanz tritt sofort in ihr Recht, sobald später das genannte Hinderniß entkräftet wird, da jetzt die mit ihnen verknüpfte condemnatio Effect haben wird." Der Umstand also, daß der Zwang dort den civilen Bestand des Geschäfts, hier den Bestand der rechtserzeugenden Thatsachen nicht ausschließt, daß somit in beiden Fällen die intentio von ihm nicht affizirt wird, führt dazu, daß das genannte Verhältniß, obwohl es jetzt wegen des Zwanges prätorisch ungiltig ist, später doch zur prätorischen Giltigkeit gelangen kann. Daraus ist auch ersichtlich inwiefern bei späterer Genehmigung des Geschäftes eine Rückwirkung anzunehmen ist. Jedenfalls tritt die prätorische Giltigkeit erst jetzt mit dem späteren Willensact ein, sie schließt sich aber doch an das bereits früher gesetzte civile Recht beziehungsweise an die früher gesetzten Thatsachen an, welche Momente jetzt ihre prätorische Wirkung äußern.

Bezüglich der einzelnen Geschäfte verhält sich die Sache folgendermaßen.

1) Beim Erbschaftsantritt, den wir als den Hauptfall der einseitigen Geschäfte herausheben, wird der Delat trotz des Zwanges, wie früher gezeigt wurde, heres, ohne daß jedoch gegen seinen Willen Jemand diese Eigenschaft in iure gegen ihn geltend machen könnte. Gerirt er sich dagegen nach Beseitigung des Zwanges als Erbe, so gilt er jetzt auch vor dem

Prätor als heres. Eine neue Erbesantretung ist dies nicht, denn iure civili ist eine solche unmöglich, weil er schon Erbe ist, und ein prätorischer Erbschaftserwerb ist es auch nicht, da dieser doch in der Gestalt der agnitio bonorum possessionis [90]) auftreten müßte. Es ist lediglich eine Bekräftigung der früheren metus causa vorgenommenen aditio hereditatis, welche dadurch erst Geltung vor dem Prätor erlangt.

2) Von den Verträgen ist namentlich der Fall der zweiseitigen Obligation in Betracht zu ziehen, wobei wir den Kauf als den Normalfall zu Grunde legen wollen.

a) Ist der Zwang vom anderen Contrahenten, also z. B. vom Käufer ausgegangen, so ist die emtio gewiß kein metus causa gestum, sondern nur die venditio. Diese ist daher jedenfalls prätorisch ungiltig, doch tritt dies deswegen nicht besonders hervor, weil sie, wie früher gezeigt wurde, vermöge des Einflusses der bona fides auch schon iure civili wirkungslos ist. Wegen des synallagmatischen Verhältnisses sollte aber consequenterweise auch die emtio bedeutungslos sein; daß man ihr dennoch eine Bedeutung beilegt, dafür bietet der Dolus des Käufers nach der Analogie anderer Fälle einen genügenden Rechtfertigungsgrund. In gleicher Weise wie beim wissentlichen Kauf einer res furtiva, ist auch hier nur der Käufer, nicht aber der Verkäufer gebunden. Wir haben sonach hier einen Fall einseitiger Ungiltigkeit, welcher zugleich ein Fall

90) Ueber die Behandlung der erzwungenen agnitio b. p. sagen uns die Quellen nichts, denn die l. 3 § 3 D. de b. p. (37. 1) handelt nicht vom Zwange, sondern negirt blos den Erwerb der b. p. ohne Willen des Delaten. Trotzdem kann die Ungiltigkeit derselben einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, denn hat man das Edict über metus auf die civile aditio hereditatis angewendet, so doch um so mehr auf die prätorische agnitio b. p.

relativer Nichtigkeit[91]) ist, da auch der Verkäufer dadurch gebunden wird, daß er nach Beseitigung des Zwanges das Geschäft genehmigt.

b) Ist der Zwang dagegen von einem Dritten ohne Betheiligung des anderen Contrahenten verübt, so hat, wenn wir uns wieder den Verkäufer als gezwungen denken, die venditio prätorisch gewiß keine Bedeutung, da der actio venditi die exceptio metus entgegensteht. Es fragt sich aber, ob dieser Umstand nicht auch die emtio afficirt. Nach unserem Dafürhalten muß diese Frage bejaht werden. Denn mit Rücksicht auf die gleiche Stellung beider Contrahenten, entspricht es der b. f. gewiß nicht, daß der Verkäufer nicht gebunden, der Käufer dagegen, obwohl er vom Zwange nichts wußte, gebunden und somit vom Belieben des Verkäufers abhängig sein soll. Die Gründe, welche bei dem vorigen Punkte eine Abweichung von der Gleichseitigkeit des Contractes rechtfertigten, existiren hier nicht, da es hier an jedem Dolus des Käufers fehlt[92]). Deßhalb müssen wir das ganze Geschäft für bedeutungslos erklären und zwar ist die venditio prätorisch ungiltig, die emtio dagegen mit Rücksicht auf diese Ungiltigkeit schon vermöge des Princips der b. f. erfolglos.

III. Neueres Recht.

Ist in dem Vorstehenden, wie wir glauben, der Nachweis

---

91) Dies übersieht Brinz a. a. O. Seite 1641, wenn er einseitige und relative Nichtigkeit einander gegenüber stellt.

92) Beim wissentlichen Kauf einer res furtiva l. 34 § 3 D. de cont. emt. 18. 1 liegt ein solcher Dolus gewiß vor; ebenso wird er gewöhnlich vorliegen, wenn Jemand mit einem Pupillen sine tutoris auctoritate einen Kauf schließt, wenigstens verdient ein solcher, selbst wenn er nicht in dolo sein sollte, keine Berücksichtigung, weil ihm bei einem impubes der Mangel der erforderlichen Handlungsfähigkeit doch auffallen muß. Keiner dieser Gründe trifft jedoch in unserem Falle zu.

geliefert, daß das ius civile die Giltigkeit, das prätorische Recht dagegen die Ungiltigkeit des erzwungenen Geschäfts als Grundsatz hinstellt, so ist eigentlich unsere Aufgabe gelöst. Der Vollständigkeit wegen wollen wir aber in Kürze noch den Stand der Sache nach Justinianischem Rechte und den neueren Gesetzgebungen in Betracht ziehen.

A. Im Justinianischen Rechte kann der Unterschied zwischen civilen und prätorischen Geschäften nicht mehr zur Geltung gebracht werden. Anwendungen beider Grundsätze stehen hier neben einander, und es kann sich vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes nur darum handeln, festzustellen, welcher von ihnen jetzt als Regel anzusehen ist. Da kann es nun bei unbefangener Betrachtung kaum einem Zweifel unterliegen, daß für die Justinianische Compilation der civile Grundsatz der Giltigkeit als Regel hingestellt werden muß, und daß die auf der vis ac metus beruhende Mangelhaftigkeit des Willens lediglich die Anfechtbarkeit des Geschäftes nach sich zieht. Ein Beweis dieses Satzes, welcher die herrschende Ansicht ist, ist überflüssig. Es kann sich lediglich um die Angabe der Ausnahmen handeln. Als solche stellen sich uns dar, die Manumission, die promissio dotis, die pollicitatio, die Tradition und das Testament. Bezüglich der Rechtfertigung dieser Ausnahmen können wir auf die früheren Abschnitte verweisen, und fügen blos hinzu, daß mit Rücksicht auf die Veränderungen in den Manumissionsformen, die l. 9 pr. und l. 17 pr. D. q. et a quib (40. 9) im Sinne der Compilatoren von der Manumission überhaupt verstanden werden müssen[93]). Zu diesen

93) Für das Justinianische Recht trifft dann auch die von Windscheid a. a. O. gegebene Begründung der Nichtigkeit zu.

Ausnahmen kommt nach canonischem Recht noch die Ehe hinzu, welche wegen vis ac metus bekanntlich auch nichtig ist[94]).

B. Die neueren Gesetzbücher lassen sich nach der Stellung, welche sie betreffs der Behandlung des Zwanges einnehmen, in zwei Gruppen scheiden, nämlich in solche, welche sich an die seit Savigny herrschende Lehre des gemeinen Rechtes anschließen, und in solche, welche von anderen gemeinrechtlichen oder auch naturrechtlichen Theorien ausgehend Ungiltigkeit des erzwungenen Geschäfts statuiren. Zu der ersteren Gruppe gehören das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen und der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Baiern; während die zweite Gruppe aus dem allgemeinen preußischen Landrecht, dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, dem code civile, endlich aus dem italienischen Gesetzbuch und dem privatrechtlichen Gesetzbuch für den Canton Zürich besteht.

1) In der ersten Gruppe erklärt das sächsische Gesetzbuch ein durch widerrechtliche Furcht hervorgerufenes Geschäft lediglich für anfechtbar, wobei der Begriff der Anfechtbarkeit im gewöhnlichen gemeinrechtlichen Sinne zu verstehen ist[95]). Dieser Grundsatz wird bei den Verträgen zur Geltung gebracht[96]), während die Ehe und letztwillige Verfügung wegen widerrechtlichen Zwanges nichtig sind[97]). Ob der Zwang von einem der Interessenten oder von einem Dritten verübt wurde, ist gleichgiltig[98]). Der Hauptsache nach hat daher das sächsi-

---

94) S. statt Aller Schulte, Handbuch des katholischen Eherechts § 20. Seite 119 fg.

95) § 93; §§ 103—107.

96) § 831.

97) § 1593. § 1625. § 2078.

98) § 832. § 1593. § 2078.

sche Gesetzbuch die herrschende gemeinrechtliche Theorie recipirt, von der es sich nur in zwei Punkten unterscheidet, nämlich in dem Mangel der actio metus und in der Behandlung der sog. metus causam dans und incidens, welche letztere bei Verträgen lediglich einen Schadensersatzanspruch begründet[99]). — Aehnlich verhält sich's mit den Bestimmungen des baierischen Entwurfes[100]), welcher im Falle der Uebergabe auch eine Klage gegen dritte Personen zuläßt, wenn diese vom Zwange Kenntniß hatten[101]), also mit dieser Modification auch die actio metus aufnimmt. Wenn den Bestimmungen des Entwurfes gegenüber überhaupt noch ein Zweifel entstehen könnte, daß er nur der herrschenden Lehre Ausdruck geben will, so muß dieser durch einen Einblick in die Motive schwinden, welche ausdrücklich das erzwungene Geschäft als ein immerhin gewolltes, daher kein schlechthin nichtiges bezeichnen, es aber doch wegen der Widerrechtlichkeit, durch welche der Entschluß hervorgerufen wurde, als von dem Gezwungenen anfechtbar hinstellen[102]).

2) Betreffend die zweite Gruppe, so erklärt vor Allem das preußische Landrecht erzwungene Rechtsgeschäfte im Allgemeinen für nichtig, es mag der Zwang von dem anderen Theile oder von einem Dritten ausgegangen sein[103]). Dies gilt namentlich auch bei Testamenten, sofern sie nicht gerichtlich aufgenommen sind, in welchem Falle sie trotz des Zwanges

---

99) § 834.

100) Art. 20. 81. 83.

101) Art. 20.

102) Motive, Seite 9. Bezieht sich der Zwang nur auf Nebenpunkte, so kann der Gezwungene nur diese anfechten oder nach Umständen in Ansehung ihrer Ersatz verlangen. Art. 21.

103) A. L.-R. I. Theil Tit. IV. §§ 31 fg.

giltig sind[104]). Abgesehen vom Fall der Testamente ist jedoch die Nichtigkeit wegen Zwanges nur eine relative[105]). Ob das Landrecht im Falle des Zwanges einen wirklichen Willen annimmt, diesem aber die Rechtskraft entzieht, oder ob es die Nichtigkeit durch die Annahme eines bloßen Scheines der Handlung begründet, vermögen wir nicht zu entscheiden, für letzteres spricht der Umstand, daß es nur von erzwungener Willenserklärung, Willensäußerung spricht[106]). — Auch der code civil, dem sich beinahe wörtlich das italienische Gesetzbuch anschließt, sieht den Zwang als einen Nichtigkeitsgrund an, nur bedarf es hier noch einer besonderen Nichtigkeitsklage (action en nullité ou en rescission[107]), welche jedoch nicht Aufhebung des Geschäftes, sondern lediglich Declarirung seiner Ungiltigkeit bezweckt, und binnen zehn Jahren verjährt. Gewiß ist auch hier nur eine relative Nichtigkeit gemeint, welche insbesondere auch bei der erzwungenen Ehe eintritt[108]). Nach dem österreichischen Gesetzbuch ist das erzwungene Rechtsgeschäft ebenfalls nichtig, und zwar letztwillige Verfügungen absolut[109]), die Ehe und Verträge dagegen relativ[109a]). Doch ist die Behandlung des Zwanges bei der Ehe und den Verträgen keineswegs eine gleiche. Während

104) A. L.-R. I. Theil Tit. XII. §§ 23. 24.

105) Schliemann a. a. O. Seite 201 fg. Koch, Recht der Forderungen II. 105; Dernburg, Lehrbuch des preußischen P.-R. 1. Band § 112. Zur Nichtigkeit neigt sich auch Förster, Theorie und Praxis des heutigen gem. preußischen P.-R. 1. Band Seite 147. Ueber die Ehe s. Schulte a. a. O. Seite 519 fg.

106) A. L.-R. I. Theil Tit. IV. § 42. 31.

107) Art. 1109. 1111. 1117. 1304; codice civ. dei regno Italia art. 1108. 1111.

108) Art. 180. 181; codice civ. art. 105.

109) § 565. Unger a. a. O. 6. Band § 13 Note 2.

109a) Unger a. a. O. 2. Band § 80 Note 17; Kirchstetter Commentar Seite 430.

nämlich die erzwungene Ehe ungiltig ist, es mag der Zwang von dem anderen Paciscenten oder von einem Dritten ausgehen[110]), ist der Vertrag nur dann nichtig, wenn der Zwang von dem anderen Contrahenten oder wenigstens mit dessen Wissen verübt ist[111]). Geht der Zwang dagegen von einem Dritten aus, so ist der Vertrag giltig. Schon daraus ist ersichtlich, daß das österreichische Gesetzbuch trotz des Zwanges die Existenz des Willens annimmt, und die Nichtigkeit, da wo sie eintritt, dadurch begründet, daß es dem erzwungenen Willen keine Rechtskraft beilegt[112]). Die abweichende Bestimmung bei Verträgen, zu denen man durch eine dritte Person gezwungen wurde, erklärt sich zur Genüge durch die Rücksicht auf den schuldlosen Contrahenten[113]). Was endlich das Züricher Gesetzbuch betrifft, so gibt es dem Gezwungenen das Recht die Verbindlichkeit von sich abzulehnen und die unter dem Eindrucke des Zwanges gemachte Leistung zurückzufordern, beides ohne Rücksicht darauf, von wem der Zwang ausgegangen ist[114]). Daß auch hier relative Nichtigkeit gemeint sei, kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen.

Unser Urtheil über die angeführten Bestimmungen kann nach dem Bisherigen kaum mehr zweifelhaft sein. Unseres Erachtens ist es ganz ungerechtfertigt auch heutzutage noch an der bloßen Anfechtbarkeit erzwungener Geschäfte festzuhalten, da sich dieselben auf dem Boden des römischen Rechtes lediglich durch den Gegensatz des ius civile und des prätorischen Rechtes erklärt, der bereits für das Justinianische Recht,

---

110) § 55. 96.

111) § 870. 875.

112) Unger a. a. O. 2. Band § 80 Note 14. §§ 55. 565: „die Einwilligung . . . . ist ohne Rechtskraft.“

113) A. A. Unger a. a. O.

114) § 922. 923

umsomehr daher für das heutige Recht jeder Bedeutung entbehrt. Nach dem ganzen Gang der historischen Entwicklung innerhalb des römischen Rechtes, welche allerdings zum vollen Abschluß nicht gekommen ist, ist nur die relative Richtigkeit des erzwungenen Geschäftes das einzig Richtige. Daß sie auch die allein praktische Normirung des Verhältnisses ist, bedarf kaum des Beweises. So kann man sich denn der Annahme nicht verschließen, daß die Codificationen der zweiten Gruppe, obschon zum Theil ausgehend von naturrechtlichen Erwägungen, mit sicherem Tacte im Ganzen das Richtige getroffen haben und wenigstens in dieser Frage unbedingt den Vorzug vor der ersten Gruppe verdienen. Wenn irgendwo, so ist hier der Ausspruch gerechtfertigt: Durch das römische Recht über das römische Recht hinaus.

II.

Zur Lehre vom Inselerwerb.

Von

Henrici,

Vice-Präsident des Königl. Preußischen Ober-Appellationsgerichts in Berlin.

Das Römische Recht, welches von dem Grundsatze ausgeht, daß nicht blos das angespülte Land, sondern auch das ganz oder zum Theil verlassene Bett eines öffentlichen Flusses dem Landanlieger als natürliche Fortsetzung seines Grundstückes anwächst [1]), will eine Insel, zu deren Erwerb mehrere Adjacenten concurriren, schon gleich bei ihrer Entstehung als in be-

1) Denselben Grundsatz stellt auch der Sachsenspiegel auf, und daß die Streitfrage, ob das Römische Recht in dieser Lehre noch als gemeines Recht in Deutschland Geltung habe, überhaupt hat aufkommen können, wird wohl dem nunmehr überwundenen Bestreben, dem Regalitätsprinzip eine ungebührliche Ausdehnung zu geben, in Rechnung zu stellen sein. Jedenfalls wird sie jetzt als erledigt angesehen werden dürfen. Vgl. Eichhorn, Einleitung in d. deutsch. Pr. R. 4. Ausg. § 99. Mittermaier Grundsätze des deutsch. Priv. R. 6. Ausg. § 165. Beseler, System d. deutsch. Priv. R. II. S. 128. Gerber, deutsch. Priv. R. 3. Ausg. § 99. Seufferts Archiv 9. Nr. 8; 11. Nr. 16; 24. Nr. 189; 26. Nr. 221.

stimmte Grenzen getheilt angesehen wissen [2]). Und die Frage, nach welchem Rechtsprinzip sich die Grenzen feststellen, ist es, die wir hier vorzugsweise zum Gegenstand der Erörterung machen möchten.

Man hat sich das Getheiltsein wohl in der Weise zu veranschaulichen gesucht, daß man zunächst durch den Fluß der Länge nach eine Mittellinie gezogen und dann von den Grenzpunkten der einzelnen Grundstücke Perpendikel auf die Mittellinie hat fallen lassen [3]). Dagegen ist natürlich an sich nichts zu erinnern, sofern man darin eben nur ein, den einfachsten Verhältnissen entnommenes Beispiel, nur eine Anweisung, wie in solchem Fall bei Auffindung der Grenzen verfahren werden könne, erblicken will. Eine Täuschung aber ist es, wenn man glaubt, damit die Aufsuchung des Rechtsprinzips entbehrlich gemacht zu haben und vollends zu Ungereimtheiten müßte es führen, wollte man sich verleiten lassen, derartige Anweisungen zu Rechtsregeln umzugestalten und also etwa für die Theilnahme an dem Inselerwerb eine Belegenheit des Uferlandes fordern, welche die Ziehung von perpendiculären Linien nach der Mittellinie möglich mache, so daß z. B. vom Anwachse ausgeschlossen wäre das in einem Vorsprunge seitwärts von den beiden Flußuferseiten liegende Ufer, möge es auch der Insel ungleich viel näher sein als ein anderes Grundstück [4]).

Daß eine solche Ansicht in der Doctrin eine Vertretung

---

2) Cfr. l. 29 D. de acqu. rer. dom. 41. 1.

3) Vgl. Höpfner, Inst. 7. Ausg. S. 323; Böcking, Pand. II. S. 145.

4) Wir werden auf diese Frage und die ihr verwandte Frage: Wem fällt die Insel zu, welche entsteht neben einer ältern Insel, in nächster Nähe derselben, aber oberhalb oder unterhalb derselben (also nicht zwischen ihr und einer der beiden Flußuferseiten)? unten zurückkommen.

gefunden, ist uns nicht bekannt geworden. Die Lehrbücher beschränken sich meistens auf wenige kurze Bemerkungen[5]), die eine genaue Präcisirung des Grundprinzipes vermissen, zum Theil auch mehr oder weniger deutlich durchblicken lassen, daß man eben nur einen einfach gestalteten Fall vor Augen gehabt und es nicht zum Gegenstand einer auf Detailfragen eingehenden Untersuchung gemacht hat, ob die aufgestellten Sätze als erschöpfende Regeln gelten könnten[6]).

Fast allgemein wird gelehrt, daß mittelst einer durch den Fluß der Länge nach zu ziehenden Mittellinie festzustellen sei,

---

5) Einer der neuesten Schriftsteller, Brinz, citirt sogar nur die einschlagenden Gesetzesstellen und in der älteren Literatur wird häufig lediglich der Inhalt derselben wiedergegeben. Zum Gegenstand ausführlicher Erörterung sind überhaupt durchgehends blos einzelne, unseres Erachtens minder wichtige Controversen gemacht, als namentlich, was Labeo mit seinem Ausspruch in l. 65 § 4 eod. hat sagen wollen, wie die Schlußworte der l. 7 § 5 eod. zu verstehen und wie man sich den Fall, von dem die l. 38 eod. handelt, zu construiren hat.

6) Vgl. Höpfner, l. c.; Thibaut, Pand. 8. Ausg. II. § 744; Schweppe, Röm, Priv. R. 4. Ausg. II. § 260; Mackeldey, Lehrb. des heut. Röm. R. 11. Ausg. § 248; Mühlenbruch, Pandektenrecht II. § 357; Wening-Ingenheim, Gem. Civilrecht 5. Ausg. I. S. 329; Göschen, Vorlesungen über das gem. Civilrecht 2. Ausg. § 270 III. und IV.; v. Vangerow, Pand. 6. Ausg. I. S. 715; Puchta, Pand. 4. Ausg. § 165; Derselbe, Institutionen II. § 242; Schmidt, Handbuch des gelt. gem. deutsch. bürg. Rechts I. S. 128; Sintenis, prakt. gem. Civilrecht 2. Ausg. I. S. 492; Holzschuher, Theorie und Casuistik 2. Ausg. II. S. 114. Nr. 4; Wächter, in Weiske's Rechtslexikon I. S. 14; Arndts, Pand. 5. Ausg. § 153; Seuffert, Pandektenrecht 4. Ausg. I. § 143; Böcking l. c. § 152; v. Keller, Pand. § 141; Förster, Gem. Preuß. Priv. R. 2. Ausg. III. 177; Windscheid, Pandektenrecht 2. Ausg. I. § 185 ff.; vgl. auch Westphal, System d. Röm. Rechts über die Arten von Sachen § 412 und flg.; Köchy, Civil-Erörterungen S. 23; Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 204; Pagenstecher, Lehre vom Eigenthum II. S. 132; Sell, Römische Lehre der binglichen Rechte 2. Ausg. § 68.

ob und welcher Theil der Insel der einen oder der andern der beiden Flußuferseiten zufalle, gewöhnlich auch weiter noch, daß für die einzelnen Landanlieger, die Ausdehnung, welche ihre Grundstücke am Ufer einnehmen, maßgebend sei.

Dabei bleibt es aber meistentheils völlig im Unklaren, welche Bedeutung man diesen beiden Sätzen beigelegt wissen will und namentlich, ob mit dem letzteren eine Rechtsregel des Inhalts aufgestellt werden soll, daß für die Landanlieger eines und desselben Ufers lediglich die Breite ihrer Grundstücke ohne Rücksicht auf die größere oder geringere Entfernung von der Insel entscheidend sei. Wir würden daher in Verlegenheit sein, sollten wir einen Schriftsteller als entschiedenen Vertreter für diese Ansicht namhaft machen, wenn nicht neuerdings Preußer mit großer Bestimmtheit für dieselbe eingetreten wäre in einer Nachschrift zu einer in's Seuffertsche Archiv aufgenommenen oberstrichterlichen Entscheidung. Preußer bemerkt hier Bd. 26 S. 332:

„Ueber die Auslegung des fr. 7 § 3 (Dig. 41. 1) waltet in Theorie und Praxis (!) keine Meinungsverschiedenheit ob. Nach demselben ist eine, den Fluß seiner Länge nach in zwei gleiche Hälften theilende, von beiden Ufern gleich weit entfernte Linie entscheidend für die Frage, ob und wie weit die neu entstandene Insel den Grundbesitzern an dem einen oder dem andern Ufer zufällt? Welchen der Adjacenten desselben Ufers aber die Insel ganz oder theilweise erworben wird, richtet sich lediglich nach der Ausdehnung (der Breite), welche die Ländereien am Ufer haben (pro modo latitudinis cujusque praedii quae latitudo prope ripam sit) und die größere oder geringere Nähe derselben bei der Insel ist dabei nicht das entscheidende Prinzip. Das von der Insel entferntere Ufergrundstück wird von dem näheren nicht ausgeschlossen.“

Unsererseits möchten wir dagegen das Prinzip des Römischen Rechts in dem Satze zusammenfassen:

Jeder Theil, oder mathematisch genau ausgedrückt, jeder Punkt der Insel wächst bei ihrer Entstehung demjenigen Uferlande zu, welches demselben näher belegen ist, als ein anderes Ufergrundstück, und die Grenzlinien auf der Insel bilden sich also aus den Punkten, in denen gleiche Nähe zusammentrifft.

Diesem Prinzip kommt die gewöhnliche Meinung recht nahe mit ihrer Mittellinie, welche auf der die Mitte des Flusses berührenden Insel die Grenzlinie nach beiden Uferseiten hin bestimmen soll[7]). Denn wo anders könnte man wohl auf der Insel die sie schneidende Mittellinie suchen wollen, als eben in den Punkten, in welchen beide Uferseiten mit gleicher Nähe zusammentreffen? Dagegen entfernt sich die gangbare Ansicht, wenigstens wie sie von Preußer aufgefaßt wird, dadurch sehr weit von dem obigen Prinzip, daß sie zunächst durch die Mittellinie feststellen will, ob und welcher Theil der Insel der einen oder andern Uferseite zufällt, und nur für die Theilung im Großen und Ganzen nach den beiden Uferseiten hin eine genaue Abmessung nach den Entfernungen eintreten läßt, für jede Theilung unter den Uferbesitzern eines und desselben Ufers dagegen lediglich die Breite der Ufergrundstücke, ohne Rücksicht auf größere oder geringere Nähe als bestimmend betrachtet.

Eine solche Ansicht läßt sich nur auf positive Grundlagen stützen und kann, wie wir glauben möchten, sich lediglich durch

---

7) Wir werden unten näher nachzuweisen suchen, daß sie auch in dieser Beziehung nicht als richtig anerkannt werden kann.

ein völlig klares und unzweideutiges Quellenzeugniß annehmbar machen.

In der That bieten aber die Quellen dafür nach keiner Richtung hin einen auch nur einigermaßen sichern Anhalt. Nirgends ist von einer durch den Fluß zu ziehenden Mittellinie die Rede[8]); nirgends wird gesagt, daß zunächst durch eine solche Linie festzustellen sei, ob und in wieweit die neu entstandene Insel den Grundbesitzern an dem einen oder dem andern Ufer zufalle; nirgends wird ausgesprochen, daß für die Theilung unter den einzelnen Adjacenten desselben Ufers lediglich die Breite ihrer Grundstücke, ohne Rücksicht auf größere oder geringere Entfernung maßgebend sein solle. Fragt man nun aber, wie ist denn die Jurisprudenz dazu gekommen, Regeln aufzustellen, wie die vorgedachten? so will uns scheinen, als wenn sie sich in ein ihr fremdes Gebiet verloren hat und anstatt dem Grundprinzig des Römischen Rechts nachzugehen, bei dem Bestreben, es ihrerseits klar zu machen, wie man bei der Ausmessung verfahren könne, auf Irrwege gerathen ist[9]).

Die Römischen Juristen haben dies vermieden. Sie geben keine derartige Anweisungen. Es konnte ja auch ihre Aufgabe

---

8) Nicht in den §§ 22 u. 23 Inst. de rer. div. (2. 1) u. fr. 7 §§ 3 u. 5 Dig. de acqu. rer. dom. 41. 1, die häufig angezogen werden, auch nicht in der l. 29 Dig. eod., die ebenfalls allegirt wird. Die letztere Stelle spricht nur davon, daß man sich die Insel in bestimmte Grenzen getheilt zu denken habe, gleichsam als wenn sie mit Grenzlinien durchzogen wäre.

9) Schon 1751 verweist Engau in seiner Dissertation: Cuinam insularum in flumine publico natarum competat dominium? § 7 pag. 6. die von manchen Schriftstellern über das zu beobachtende Verfahren gegebenen Regeln aus der Jurisprudenz in die Geometrie. Sie haben sich aber doch immer wieder hineingeschlichen und namentlich bewegt sich offenbar Höpfner mit einem gewissen Behagen auf diesem Gebiet. Vgl. l. c. Anm. 2.

nur sein, ein festes Rechtsprinzip zu gewinnen und auf die einzelnen ihnen vorgelegten Fragen zur Anwendung zu bringen. Im Uebrigen durften sie es den Agrimensoren[10]) überlassen, die Grenzen aufzusuchen und das dabei nach den Regeln ihrer Kunst zu beobachtende Verfahren einzuhalten.

Als das entscheidende Moment aber wird von den Römischen Juristen die nächste Nähe bezeichnet.

So in der fr. 30 de acq. rer. dom. (41. 1) § 1 verb.:

Et ideo cum exsiccatus est alveus proximorum fit.

und § 2:

Duobus posterioribus modis privata insula fit ejus, cujus ager propior fuerat, quum primum exstitit.

fr 38:

quoniam ejus fundus proximus flumini esset.

fr. 56 pr. eod.:

insula initio propior fundo tuo fuit.

und § 1:

sed alveus, qui fuit inter eam insulam et fundum vicini, medius dividi debet, ita ut pars propior insulae tuae tua, pars autem propior agro vicini, ejus esse intelligatur.

fr. 65 § 2:

Si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est, ea tua est.

und § 3:

nam quid interest, qualis ager sit propter cujus propinquitatem posterior insula, cujus sit, quaeratur?

---

10) Ueber die Stellung der Römischen Agrimensoren vgl. Rudorff, Gromatische Institutionen. In den Schriften der Römischen Feldmesser von Blume, Lachmann und Rudorff II. S. 320.

Wenn hier auch Stellen herangezogen werden, die von dem verlassenen Flußbett handeln, so wird es wohl kaum des Hinweises darauf bedürfen, daß das Römische Recht bekanntlich die im Flusse entstandene Insel und das verlassene Flußbett nach gleichen Grundsätzen behandelt wissen will[11]) und also, was von dem verlassenen Flußbett gesagt wird, auch für die neu entstandene Insel Geltung hat. Dagegen möchten wir an dieser Stelle daran erinnern, daß es ja als der Grundgedanke des Römischen Rechtes betrachtet wird, daß der öffentliche Fluß allein es ist, der sein Bett zu einer öffentlichen Sache macht und daß der Grund und Boden des letzteren als natürliche Fortsetzung des Ufers diesem anwächst, sobald er ganz (alveus relictus) oder theilweise (insula nata) aufhört, als Bett des Flusses dem Privateigenthum entzogen zu sein[12]). Wir erinnern daran aus dem Grunde, weil für eine Lehre, die auf solchen Gedanken gebaut wird, es mit innerer Nothwendigkeit gegeben ist, jeden Theil des verlassenen Flußbettes oder der Insel demjenigen zuzuweisen, der demselben mit seinem Uferland näher belegen ist, als ein anderer. Denn wo sonst könnte wohl das sich fortsetzende Ufer für jedes Grund-

---

11) Cfr. l. 30 § 2 Dig. de acquir. rer. dom. (41. 1); vgl. auch u. A. Puchta, Arndts und Vangerow l. c. Eine Meinungsverschiedenheit besteht hierüber unseres Wissens nicht.

12) Vgl, Donellus, Comment. de jur. civ. lib. 4 cap. 28 und 29; Westphal, l. c. §§ 412 und 22; Köchy, l. c. S. 48 u. 9; Göschen, v. Vangerow l. c.; Schmid l. c. S. 127; Puchta. Arndts, Böcking, v. Keller l. c., Wächter l. c. Anm. 10, Sell l. c., Gerber l. c., Rudorff l. c. S. 258 und 452; Zrodlowski, Untersuchungen aus dem Oesterreichischen Civ. R. S. 172; Seuffert, Archiv Bd. 11 Nr. 15. Der Widerspruch, den Gesterding l. c. S. 201 gegen Westphal erhebt, betrifft die Frage, ob man das Flußbett schon während es vom Flusse überströmt wird, als im Eigenthum der Uferbesitzer stehend, ansehen dürfe? Vgl. unten.

stück seine Endschaft erreichen, als in den Punkten, wo ein anderes sich ebenfalls fortsetzendes Ufer mit demselben in gleicher Nähe zusammentrifft?

Damit wird indessen, wie wir nicht verkennen, zunächst eben nur bewiesen, daß alle Schriftsteller, welche von jenem Gedanken ausgehen, sich auch zu dem von uns aufgestellten Prinzip bekennen müssen. Sie haben diese Consequenz nicht gezogen. Und warum? Wir möchten glauben, weil sie bei einem Ziele angelangt sind, bevor sie den dahin führenden rechten Weg gefunden haben. Der Gedanke selbst ist unzweifelhaft richtig. Er läßt sich aber nicht zu weiterm Aufbau verwerthen, so lange man nicht Klarheit darüber zu gewinnen vermag, worauf denn die Fortsetzung des Ufers im verlassenen Flußbett ihrem eigentlichen Grunde nach zurückzuführen ist.

Manche glauben von der Vorstellung ausgehen zu sollen, daß das Flußbett schon während es vom Fluß überströmt wird, im Eigenthum der Uferbesitzer stehe und meinen, sie auf die Annahme stützen zu können, daß der Fluß sein Bett nur dem Gebrauche nach zu einer öffentlichen Sache mache. Aber lediglich von dem Ufer läßt sich behaupten, daß es im Privateigenthum stehe und zugleich dem Gebrauche nach dem Oeffentlichen mitangehöre [13]). Das Bett eines öffentlichen Flusses dagegen ist im vollen Rechtssinne eine öffentliche Sache. Der Grund und Boden, den ein öffentlicher Fluß zu seinem Bett macht, geht seinem bisherigen Eigenthümer ganz und definitiv verloren. Sein Eigenthumsrecht lebt nicht wieder auf, wenn der Fluß auch dies Bett verläßt und der Grund und Boden also aufhört, dem Privateigenthum entzogen zu sein, es wächst vielmehr dieser dann den anliegenden Uferbesitzern an [14]).

---

13) l. 1 § 4. Inst. de rer. div. 2. 1.

14) Vgl. l. 1 § 7. D. de flum. 43. 12; l. 24 D. quib. mod. ususfr.

Rudorff l. c. S. 238 macht die Annahme, daß, wo ein Grundstück von einem Flusse begrenzt werde, die Mitte des Flusses die eigentliche Grenze sei, zum Ausgangspunkt für die sich daran anschließende Bemerkung: „so lange jedoch die Enden der Grundstücke vom Wasser bedeckt sind, gehören sie dem Fluß, erst in dem Maß, in welchem sie vom Wasser entblößt werden, tritt das Eigenthum hervor.“ Allein so wenig von einem an dem Flußbette als solchem schon bestehenden Eigenthumsrecht die Rede sein kann, ebensowenig läßt sich behaupten, daß sich im öffentlichen Fluß die Grenze für die Uferländereien bis in die Mitte des Flusses erstrecke[15]).

Es ist auch offenbar nur eine Umschreibung, keine Erklärung, wenn Puchta Pand. l. c. sagt: „Das Bett eines öffentlichen Flusses ist durch den Fluß res publica und dadurch den anliegenden Grundstücken, als deren Fortsetzung es

7. 4. § 23. Inst. l. c.; l. 7 § 5 D. de acq. rer. dom. 41. 1. Wenn der Fluß sein Bett verläßt, demnächst aber wieder in dasselbe zurückkehrt, bleibt es immer eine Thatfrage, ob ein nach den Grundsätzen der Inundation zu beurtheilendes bloßes Austreten des Flusses aus seinem Bett vorliegt, oder ob derselbe sich inzwischen wirklich ein neues Flußbett gebildet hat, und der Richter wird in solchem Fall regelmäßig sehr geneigt sein, sich für die erste, dem natürlichen Rechtsgefühl mehr entsprechende Alternative zu entscheiden, auch wo er strenggenommen davon auszugehen hätte, daß der Fluß ein neues Flußbett gebildet habe. Einfach in diesem Sinne möchten wir die vielbesprochenen Schlußworte der letzten Stelle „sed vix est ut id obtineat“ verstehen. Vgl. l. 30 § 3 eod.

15) Dem Römischen Recht ist eine solche Auffassung völlig fremd; vgl. l. 65 § 3 eod. Der völkerrechtliche Grundsatz, daß im Zweifel die Mitte des Flusses die Staatsgrenze sei, mag vielleicht aus der Lehre von der zu ziehenden Mittellinie hervorgegangen sein; aber man wird ihn doch nun nicht wieder aus dem Völkerrecht ins Privatrecht importiren dürfen. Uebrigens ist auch in diesem Jahrhundert in Friedensverträgen vielfach der Thalweg als Grenze gewählt worden. Vgl. Klüber, Völkerrecht § 133.



außerdem zu betrachten ist, entzogen. Diese Eigenschaft tritt hervor und es fällt daher ins Eigenthum der Anlieger, sowie es aufhört, Bett des Flusses zu sein."

Die Römer selbst aber liefern uns einen Weiser, dem man nur zu folgen braucht, um unschwer den rechten Weg zu finden. Sie vergleichen den öffentlichen Fluß wegen der mächtigen Einwirkung, welche er auf die Umgestaltung der Grenzen hat, mit einem Landmesser und Grenzrichter[16]), und man wird sicherlich nicht fehlgreifen können in der Annahme, daß der Gedanke, von dem sie ausgehen, einfach nur zu suchen ist in der natürlichen Beschaffenheit der aus einem Flusse bestehenden Grenze. Wo der Fluß die Grenze bildet, ist diese ihrer Natur nach eine stets wandelbare[17]); sie verändert sich durch Ab- und Anspülung, durch das Abreißen und den Anwachs von ganzen Landstücken, durch Wandlungen, die mit dem Flußbett selbst vor sich gehen. Verläßt der Fluß sein Bett ganz, so verschwinden die bisherigen Grenzen und da der Fluß eben keine feste, sondern nur wandelbare Grenzen gab, so rücken selbstfolglich die Ländereien in ihrer bisherigen Uferausdehnung von allen Seiten und nach allen Seiten hin so weit vor, bis sie in ihrem Zusammentreffen in gleicher Nähe ihre gegenseitige Begrenzung finden.

Auch die allmälige Erweiterung der Uferländereien durch Alluvion führt nicht selten zur Vereinigung von Grundstücken, welche vorher durch dazwischenliegendes Wasser getrennt waren. In solchem Fall wird Niemand zweifelhaft sein, daß er die

16) l. 30 § 3 eod. Rudorff l. c. S. 453 und Nr. 568.

17) Ist es richtig, was Rudorff l. c. S. 452 annimmt, nämlich, daß die Grundsätze von der Alluvion, den Inseln und dem verlassenen Flußbett auch auf den ager limitatus zur Anwendung gekommen sind, wenn ein Fluß für denselben als Grenze bestimmt worden, so würde darin eine Bestätigung unserer Ansicht liegen.

Grenzen zu suchen habe in den Punkten, wo schließlich der Zusammenstoß erfolgt. Die Anspülung wirkt regelmäßig sehr verschieden auf die verschiedenen Ufer ein. Aber wollte man sich einmal vorstellen, daß fortgesetzt stets ganz gleichmäßig die Alluvion sich an alle Ufer ansetzte, so würde natürlich die Vereinigung sich in den Punkten vollziehen, wo von den ursprünglichen Grenzen aus bemessen gleiche Nähe zusammenträfe. Es ist also offenbar ein ebenso einfacher als natürlicher Gedanke, welcher in der Lehre vom verlassenen Flußbett auf das in den Quellen so oft hervorgehobene Prinzip der nächsten Nähe hingeführt hat[18]).

Derselbe Gedanke aber, von dem man beim verlassenen Flußbett ausgegangen, wird auch auf das theilweise verlassene Bett angewandt. Wem das Terrain, welches die dadurch entstandene Insel einnimmt, ganz oder theilweise zufallen würde, wäre das Flußbett ganz verlassen, dem wächst also auch die Insel ganz oder theilweise zu[19]).

---

18) Daher dürfte denn auch in der Uebereinstimmung des Sachsenspiegel (vgl. oben Anm. 1) mit dem Römischen Recht an sich kein ausreichender Grund liegen für die Annahme, daß die Bestimmung des Sachsenspiegel aus dem Römischen Recht entlehnt sei.

19) Es heißt dem entsprechend in der l. 30 pr. D. de acq. rer. dom. 41. 1: Ergo si insula nata accreverit fundo meo.

Uebrigens bildet die jure accessionis erworbene Insel doch nichtsdestoweniger ein von dem Uferland, dem sie anwächst, gesondertes, selbstständig zu weiterem Erwerb durch Anwachs befähigendes Grundstück, und es ist daher nicht wohl erfindlich, wie sich Elvers durch die l. 9 § 4 D. de usufr. 7. 1. hat verleiten lassen können, die Lehre vom Inselerwerb aus der Lehre von den Accessionen in die Lehre vom Eigenthumserwerb durch besondere Glücksfälle zu verweisen und in Berücksichtigung der l. 16 D. de leg. 32. den Satz aufzustellen, daß nach Römischem Recht die neu entstandene Insel bald zu den Accessionen gerechnet werde, bald nicht, je nachdem es sich um möglichst weite und liberale Auslegung oder um streng juristische Auslegung handle. Denn so wenig

In der That war daher für die Römischen Juristen das Prinzip der nächsten Nähe mit jenem Grundgedanken von selbst gegeben. Es erklärt sich daraus zugleich auch, weshalb man sich die neu entstandene Insel als schon gleich bei ihrer Entstehung in bestimmte Grenzen zerlegt zu denken und doch keine Veranlassung hatte, auf Erörterungen über das Prinzip, wonach sich die Grenzen feststellen, einzugehen. War dasselbe ja nicht erst zu suchen, sondern als ein gegebenes auf die einzelnen Fälle anzuwenden.

Es kann daher nicht irre leiten, daß wir in keiner Stelle das Prinzip als solches in ganz conciser Fassung hingestellt finden. Aufgabe der Wissenschaft wird es immer bleiben, aus den verschiedenen, sich häufig an concrete Fälle anlehnenden Aussprüchen der Römischen Juristen den Kern des Gedankens zu erschließen, und hier, meinen wir, liegt er doch recht offen zu Tage in der so häufigen Betonung der nächsten Nähe als Erwerbtitel und insbesondere in der Anwendung, die davon in dem fr. 56 § 1 de acq. rer. dom. 41. 1 gemacht wird. Denn wenn man nur erst angelangt ist bei dem Satze: jeder Theil der Insel oder des verlassenen Flußbettes fällt demjenigen zu, der demselben am nächsten belegen ist, so ist es eben nur eine

---

einzusehen ist, mit welchem Recht der Legatar dem Fideicommissar die Insel sollte vorenthalten können, welche dem zu restituirenden Grundstücke angewachsen ist, so wenig ist ein ausreichender Grund dafür zu erkennen, weshalb der Legatar, dem nur der Nießbrauch eines bestimmt bezeichneten Grundstücks vermacht worden, sollte Anspruch erheben können auf Gewährung des Nießbrauches einer Insel, welche der Eigenthümer des belasteten Grundstücks durch dieses jure accessionis erworben hat, da ja doch der Rechtstitel des Erwerbes nicht die erworbene Insel, gleich wie die Alluvion, zu einem mit dem Uferlande vereinigten Theil desselben macht.

nothwendige Consequenz hiervon, daß die Grenzen sich bilden aus den Punkten, wo gleiche Nähe zusammentrifft

Wenn wir nun an das fr. 7 § 3 eod. tit. herantreten, welches nach Preußer die einzige Stelle ist, wo in erschöpfender Weise die allgemeinen Regeln über den Inselerwerb aufgestellt werden, und die wir unsererseits als die Führerin auf den oben erwähnten Irrweg bezeichnen möchten, so kann die Auslegung desselben keine Schwierigkeit mehr machen.

Sie lautet so:

At in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit; quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

Am bedenklichsten erscheint offenbar der Schlußsatz „quodsi alteri parti proximior sit etc." welcher den Gegensatz bildend zu dem vorangegangenen „si quidem mediam partem fluminis tenet" seinem Wortsinn nach allerdings der Meinung zur Seite steht, wonach nur die genau gerade in der Mitte des Flusses liegende Insel nach beiden Uferseiten hin sich theile, eine Insel dagegen, die mit irgend welchem Theile der einen Uferseite näher liege, dieser ganz zufalle[20]). Und die von Arndts l. c. Anm. 1 aus Gaj. II 72 herangezogenen Worte „si vero non sit in medio fluminis" dürften an sich schwerlich eine Auslegung hinlänglich rechtfertigen, welche den Satz „quodsi alteri parti proximior sit" so verstanden wissen

---

20) Für diese Ansicht spricht sich am entschiedensten aus Westphal l. c. § 412. Ob, wie Fritz, Erläuterungen zu Wenning-Ingenheim II. S. 345, annimmt, auch Schweppe l. c. wird in Frage gestellt; vgl. Wächter l. c. S. 15. Anmerkung 12.



will, als wäre damit gesagt: „wenn die ganze Insel mit allen ihren Theilen dem einen Ufer näher liegt.“ Noch weniger wird man mit Fritz l. c. jener Ansicht mit dem Vorwurfe begegnen können, daß sie der Gesetzgebung etwas Unvernünftiges zutraue. Denn schwerlich dürfte zu verkennen sein, wie es sich vom gesetzgeberischen Standpunkte aus sehr wohl durch Gründe der Zweckmäßigkeit empfehlen ließe, die Insel, welche der einen Uferseite näher liegt, dieser ganz zufallen zu lassen. Allein die Lehre vom Inselerwerb beruht ja nicht auf einem erlassenen Gesetze, sondern auf einer Rechtsbildung, bei der eine Rücksichtsnahme auf Zweckmäßigkeitsgründe und eine hierdurch motivirte Abweichung von dem allgemeinen Prinzip ausgeschlossen gewesen; und nur, weil wir dies Prinzip kennen und wissen, daß darnach jeder Theil der Insel dem Uferbesitzer zufällt, der demselben näher ist als ein anderer, wissen wir auch, daß gleichwie in andern Stellen, wo dies aus dem Zusammenhang sich ergiebt[21]), so auch in dem fr. 7 § 3 mit den Worten „quodsi alteri parti proximior sit“ der Fall hat bezeichnet werden sollen, wo die Insel mit allen ihren Theilen der einen Uferseite näher liegt als der anderen.

Es möchte vielleicht scheinen, als wenn es unnöthig gewesen, uns bei einer Frage aufzuhalten, über die schon keine Meinungsverschiedenheit mehr anzutreffen sein dürfte. Allein uns war es eben darum zu thun, es klar zu stellen, wie wenig man der anderweit aus den Quellen zu schöpfenden Auskunft über das eigentliche Grundprinzip der Lehre entbehren könne, um zu einem richtigen Verständniß zu gelangen. Und wie steht es denn nun mit den recht eigentlich kritischen Worten „pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit?“ Wir können hierin nur ausgesprochen

---

21) Cfr. l. 30 § 2 u. 56 pr. eod.

finden, daß die ihrer Belegenheit nach beim Inselerwerb in Concurrenz tretenden Ländereien nach Verhältniß ihrer Breite an dem Erwerb Theil nehmen, aber nur diejenige Breite der Grundstücke in Betracht komme, welche sie unmittelbar am Ufer einnehmen. Beides steht offenbar mit unserer Ansicht völlig in Einklang. Denn ein Grundstück kann selbstfolglich nur mit der Ausdehnung, mit der es unmittelbar am Ufer belegen ist, einen Anwachs erleiden und eine landeinwärts sich vorfindende Verbreiterung, auch wenn sie dem Ufer noch so nahe wäre, kann also nicht mit in Betracht kommen. Daß aber im Uebrigen beim Vorhandensein der zur Concurrenz erforderlichen Nähe, die Breite des Ufergrundstückes für den Umfang des Erwerbes von maßgebender Bedeutsamkeit ist, kann gewiß Niemand bestreiten wollen.

Es soll nun aber in jene Worte der nirgends zum Ausdruck gekommene Sinn hineingetragen werden, daß für den Erwerb von einer und derselben Uferseite aus, ohne Rücksichtnahme auf die Entfernung, lediglich die Breite der Grundstücke maßgebend sei. Allein was könnte dazu wohl nöthigen und woher will man dafür die Berechtigung entlehnen? Man wird doch wohl schwerlich unserer Auslegung zum Vorwurf machen wollen, daß darnach die erwähnten Worte nichts besagten, was sich nicht ohnehin von selbst verstehe. Denn wohin würde es wohl führen, wollte man überall, wo die Römischen Juristen in ihren, in die Quellen aufgenommenen Fragmenten eine einfache Wahrheit, einen logisch richtigen Gedanken aussprechen, immer etwas Besonderes, eine Regel von mehr positiver Natur suchen?

Preußer macht für die von ihm vertretene Ansicht lediglich geltend, daß das fr. 7 § 3 die einzige über diesen Gegenstand in die Institutionen aufgenommene Stelle sei und daher angenommen werden dürfe, daß sie die allgemeinen Re-

geln darstelle. Wären nicht die Bestimmungen dieser Stelle, sondern schlechthin der Satz **insula fit ejus cujus ager propior fuerit quum primum exstitit**, das Prinzip dieser Lehre so würden die Verfasser der Institutionen doch gewiß diesen Satz statt des aufgenommenen zum Inhalt des § 22 de rec. div. (2. 1) gemacht haben."

Mag man aber mit Preußer in dem Fr. 7. § 3 die allgemeinen Regeln suchen wollen, und alle übrigen Pandektenstellen bei Seite schiebend, es ununtersucht lassen, ob denn wirklich nicht aus den verschiedenen Aussprüchen der Römischen Juristen ein allgemeines Grundprinzip zu entlehnen sei, nie und nimmer kann man sich doch der Aufgabe entziehen, Rechenschaft darüber zu geben, was denn in der Stelle steht. Und in Wahrheit wird sich Niemand verhehlen können, daß so wenig in diesem fr. von einer durch den Fluß zu ziehenden Mittellinie und davon die Rede ist, daß durch selbige zunächst festzustellen sei, ob und welcher Theil der Insel der einen oder der andern Uferseite zufalle, ebensowenig andererseits hier weiter bestimmt wird, daß für die Frage: Wer von den Uferbesitzern eines und desselben Ufers die Insel ganz oder theilweise erwerbe, ohne Rücksicht auf die größere oder geringere Entfernung, lediglich die Breite der Grundstücke entscheidend sei? Man sehe sich doch die Stelle etwas näher darauf an! Sie besagt:

Wenn die neu entstandene Insel in der Mitte des Flusses belegen ist, wird sie denjenigen, welche an den beiden Seiten des Ufers Grundstücke besitzen, nach Maßgabe der Breite derselben gemeinschaftlich und zwar nach der Breite, welche sie am Ufer einnehmen.

Es ist hier also nur von einer in der Mitte des Flusses entstandenen Insel die Rede und von der Frage, wie man den

oben erörterten Schlußsatz zu verstehen hat, hängt es ab, ob man davon auszugehen hat, daß speciell von einer nach allen Richtungen genau in der Mitte des Flusses liegenden Insel gehandelt werde, oder ob man die Worte „mediam partem fluminis tenet" in dem weiteren Sinne zu nehmen habe, als bezeichnend eine die Mitte des Flusses berührende Insel. Schon oben ist anerkannt worden, daß der Wortsinn jenes Schlußsatzes der ersteren Annahme zur Seite steht; und wollte man ihr folgen, so ständen die Worte „pro modo latitudinis" hier gerade so unschuldig da, wie bei unserer Auslegung. Nur also, wenn man mit uns, die wir in diesem Punkt mit der gewöhnlichen Meinung zusammentreffen, den erwähnten Schlußsatz in dem den Wortlaut beschränkenden Sinne versteht, sich dagegen im Uebrigen ganz eng an den Wortinhalt der Stelle anschließt, kann man darin einen Ausspruch von positiver, durchgreifender Tragweite finden, ist indessen immer noch nicht angelangt bei den Sätzen, die darin als allgemeine Regeln aufgestellt sein sollen. Man steht dann vielmehr vor dem Satze: eine neu entstandene Insel, welche die Mitte des Flusses berührt, wird den beiderseitigen Uferbesitzern gemeinschaftlich nach Verhältniß der Breite, welche ihre Grundstücke am Ufer einnehmen. Daß dies nicht die Meinung gewesen sein kann, darüber belehrt uns die l. 29 eod., aus der wir erfahren, daß man sich die Insel als bei ihrer Entstehung in bestimmte Grenzen getheilt zu denken hat, ferner die l. 56. § 1 eod., aus der wir ersehen, daß jeder Theil eines verlassenen Flußbettes dem zufällt, der ihm mit seinem Uferlande am nächsten belegen ist, und alle übrigen Aussprüche der Römischen Juristen, welche auf die nächste Nähe als Voraussetzung für den Erwerb hinweisen.

Wir haben also nicht blos den mehrerwähnten Schlußsatz

des fr. 7. § 3, sondern ebenfalls auch den übrigen Inhalt der Stelle in dem den Wortlaut beschränkenden Sinn zu verstehen, welcher sich aus den übrigen Pandektenstellen ergiebt.

Sollen wir jetzt noch auf die Frage zurückkommen, welche Preußer wegen der Aufnahme dieser Stelle in die Institutionen aufwirft, so werden wir einem solchen Einwand schon begegnen können mit der Gegenfrage: wie kommen denn die Verfasser der Institutionen dazu, gerade nur diese Stelle aufzunehmen, welche Satz für Satz nicht aus ihrem eigenen Inhalt erklärt werden kann? Die Antwort auf beide Fragen wird man aber doch wohl schwerlich zu weit zu suchen haben. Sie dürfte vielmehr gegeben sein mit dem, was oben bereits darüber bemerkt worden, daß die Römischen Juristen es als etwas Selbstverständliches betrachten durften, daß der Entferntere immer durch den Näheren ausgeschlossen werde. Ihnen konnte es daher nicht wohl in den Sinn kommen, daß sie Mißverständnissen Raum geben würden, wenn sie der Worte „pro modo latitudinis" sich in dem Zusammenhang, in dem sie in dem fr. 7 § 3 stehen, bedienten, ohne speciell hervorzuheben, daß sie natürlich nur Grundstücke vor Augen hätten, denen es an der zur Theilnahme am Erwerb vor Allem erforderlichen Nähe nicht fehle.

Sind nun auch die Auslegungen, zu welchen ein Festhaltenwollen an dem Wortinhalt möchte führen können, beide verwerflich, so sind sie doch erträglicher als jene, für welche Preußer eintritt, da sie immerhin den Wortlaut für sich haben, während letztere ganz willkürlich und unvermittelt dasteht, und noch dazu zu einem Resultat führt, welches ebenso unbefriedigend als unannehmbar ist.

Es ist ganz unerfindlich, wie in der Entwickelung dieser nicht auf positiver Grundlage beruhenden Lehre die Römischen

Juristen dahin hätten gelangen können, ein verschiedenes Prinzip zur Anwendung zu bringen, je nachdem die Insel, um die es sich handelt, die Mitte des Flusses berührt oder nicht, und nur für die Theilung im Großen und Ganzen nach den beiden Uferseiten hin eine genaue Abmessung nach den Entfernungen eintreten zu lassen, im Uebrigen aber stets einen anderen, mehr ungenau, gerade durchgehenden Maßstab anzulegen. Mit Recht durften wir daher oben davon ausgehen, daß nur eine zweifellose Gesetzesstelle eine solche Ansicht annehmbar machen könne. Als völlig unbefriedigend ist das Resultat aber deshalb zu bezeichnen, weil die Regeln, welche man aufstellt, mögen sie auch für einfache Verhältnisse, wo häufig schon das bloße Auge leicht erkennt, Wem der Erwerb zuwächst, genügen, für jede etwas complicirtere Gestaltung durchaus unzureichend sind.

Preußer meint, die Schwierigkeiten, welche möglicherweise entstehen könnten, seien mehr mathematischer als juristischer Natur und würden jedenfalls nicht unüberwindlich sein. Allein so gewiß es auch ist, daß die Landmesserkunst unschwer in allen Fällen die Grenzen wird feststellen können, sofern ihr nur in dem Rechtsgrundsatz: jeder Punkt der Insel gehört demjenigen, dessen Uferland demselben näher liegt, als ein anderes, ein fester Ausgangspunkt gegeben wird, so gewiß es ferner auch ist, daß dies Rechtsprinzip dem Richter stets eine sichere Grundlage für seine Entscheidung giebt, so klar liegt es andererseits zu Tage, wie sich leicht Fälle construiren lassen, in welchen sich mit den beiden aufgestellten Regeln nichts ausrichten läßt.

Oder wie sollen denn etwa auf einer Insel, welche entsteht in einer kreisförmigen Bucht mit nur schmalem Ausgang in den Fluß, die Grenzen aufgefunden werden für die Landanlieger, die rund um die Insel herum Uferländereien besitzen?

Soll etwa der Uferbesitzer, dessen Land sich der Buchtöffnung, also dem jenseitigen Flußufer zukehrt, mit Längenschnitten nach Maßgabe der Breite seines Grundstücks oder der Oeffnung der Bucht diesen Theil vorweg nehmen und was an beiden Seiten übrig bleibt, den seitwärts belegenen Uferbesitzern zufallen, unter Bestimmung ihrer Antheile durch Perpendikularlinien? Oder will man, die Verkürzung nicht beachtend, welche Jener dadurch erleiden würde, die Bucht gewissermaßen als Nebenfluß behandeln und sie zunächst durch eine Längelinie in der Mitte theilen? Nun man kann sich allerdings so oder anders immer helfen. Aber doch nur, indem man auf die alte Willkür neue pfropft, und den Rechtsuchenden kann es nie gleichgiltig sein, ob Willkür oder Recht zu Gericht sitzt.

Und ferner, Wem gehört die in einem Flusse vor dem Ausfluß eines Nebenstromes entstehende Insel, welche so belegen ist, daß sie nach derjenigen Flußuferseite hin, in deren unmittelbarer Nähe sie liegt, nirgends Land vor sich hat? Unmöglich kann man aus diesem Grunde von dem vielleicht eine halbe Meile entfernten jenseitigen Ufer die Uferbesitzer, denen jeder Titel zum Erwerbe abgeht, heranziehen wollen. Ebensowenig kann daran gedacht werden, hier die Grundsätze, welche bei den Römern für den ager limitatus Geltung hatten, zur Anwendung zu bringen und die Insel für Eigenthum des Occupanten zu erklären. Denn der Grund, weshalb der ager limitatus auch andere seitwärts belegene Landanlieger vom Erwerbe ausschließt und daher die Insel dem Occupanten zuweist, liegt doch wohl nur in dem Grundgedanken unserer Lehre, welcher das Flußbett als Fortsetzung des Ufers behandelt und daher nicht gestattet, daß nun Anderen, welche, wenn der nächste ager kein limitatus wäre, nicht erwerbsfähig sein würden, die Insel zufalle.

Man wird sich also doch wohl entschließen müssen, in solchem Fall den seitwärts belegenen Uferbesitzern, die nur mit schrägen, sich, wo sie in gleicher Nähe zusammentreffen, gegenseitig ausschließenden Linien an die Insel herankommen können, das Eigenthum derselben in den damit gegebenen Grenzen zuzuweisen.

Aber mit welchem Recht kann man denn in dem weiteren Fall, wo es eine tief in's Land hineinreichende Bucht ist, vor der die Insel belegen ist, die nächsten seitwärts belegenen Uferbesitzer ausschließen wollen? Man wird uns vielleicht entgegenhalten, so weit habe man überhaupt nicht gehen wollen, daß man auf die Entfernung, auch wenn sie noch so groß wäre, keine Rücksicht nehmen wolle; man habe nur bestritten, daß die nächste Nähe schlechthin das die Lehre beherrschende Prinzip sei, man habe auch stets nur von Landanliegern, Adjacenten, gesprochen und nicht verkannt, daß eine gewisse Vicinität Erforderniß für den Erwerb sei. Dem gegenüber werden wir aber daran zu erinnern haben, daß uns hier ja nur ein selbstgeschaffenes Beispiel vorliegt, daß es bei uns steht, die Bucht zu verkleinern und das Ufer, vor dem die Insel liegt, ihr allmählig immer näher zu rücken, daß dann aber die Frage entsteht, wann ist denn der Moment gekommen, wo die Theorie von der maßgebenden Breite eingreift und die seitwärts belegenen Uferbesitzer auch für die Punkte, für welche sie immer noch die nächsten sind, vom Erwerbe ausschließt?

Es ist nicht unsere Absicht, der vielgestaltigen Mannigfaltigkeit, welche die Inselbildung annehmen kann, weiter nachzugehen. Nur zwei Specialfragen möchten wir aus dem Grunde noch berühren, weil gerade sie ganz besonders ein praktisches Interesse für sich in Anspruch nehmen dürften.

In Flüssen, wo Ebbe und Fluth von mächtiger Ein-

wirkung sind, übt ein in den Fluß hineingehender Vorsprung leicht einen wesentlichen Einfluß auf die Inselbildung. Eine so gewissermaßen unter dem Schutze, den der Vorsprung gewährt, entstandene Insel, bringt begreiflich die Bedingungen mit, welche sie selbst im Laufe der Zeit zum Festlande umwandelt. Es ist eben nur der Zusammenhang von Ursache und Wirkung, der sich fortgesetzt geltend macht. Unter demselben Einfluß entsteht auch nicht selten neben einer älteren Insel, die man dann wohl die Mutterinsel nennt, eine neue Insel, die von vornherein dazu angelegt scheint, sich mit jener zu vereinigen.

Eben bei diesen Formationen, welche sich häufig lange vor ihrer definitiven Vollziehung bei eintretender tiefer Ebbe beobachten lassen, dürfte sich das Prinzip des Römischen Rechts sowohl nach rationeller als nach praktischer Seite hin bewähren. Denn offenbar wäre es ebenso unnatürlich als unersprießlich, wenn der nächstbelegene Landanlieger vom Erwerbe ausgeschlossen werden sollte durch einen Entfernteren, der, nachdem die Insel Festland geworden, sein Grundstück nur von der Wasserseite aus erreichen könnte, wollte man ihm nicht über alle dazwischen liegende Felder und also auch über das Gebiet des nächsten Landanliegers einen Nothweg schaffen.

Schon im Eingange ward darauf hingewiesen, wie es eine Ungereimtheit wäre, wenn ein Uferbesitzer, dessen Land sich dem Laufe des Stromes zukehrt, also seitwärts von den beiden Flußuferseiten in einem Vorsprung belegen ist, von dem Erwerb einer vor seinem Lande in nächster Nähe entstehenden Insel ausgeschlossen sein sollte, etwa weil für sein Land die Mittellinie ohne Bedeutung wäre, von selbigem auf letztere keine perpendikularen Linien gezogen werden könnten. Eine solche Ansicht wird auch sicherlich nie aufkommen können, eben

weil es hierbei zu klar zu Tage tritt, daß aus Anweisungen, wie mathematisch verfahren werden könne, keine Rechtsregeln hergeleitet werden dürfen. Und auch selbst der eifrigste Anhänger der Theorie von der maßgebenden Breite kann hier keinen Einspruch erheben, denn auch bei der beschriebenen Belegenheit des Uferlandes hat letzteres doch immer eine Breitseite, mit der es der vor ihr belegenen Insel zugekehrt ist.

Damit wäre nun freilich unseres Erachtens zugleich die Entscheidung gegeben für die weitere Frage: Wem gehört die Insel, welche in nächster Nähe einer älteren Insel entsteht und belegen ist, nicht zwischen der letzteren und einer der beiden Uferseiten des Flusses, sondern ober- oder unterhalb der Mutterinsel, so daß diese mit dem Ufer, an welchem die neue Insel liegt, dem Laufe des Stromes sich zukehrt, und also, kurz gesagt, ganz genau in derselben Belegenheit ist, wie in dem obigen Fall das Festlandufer?

Aber gerade hier begegnen wir bei Preußer l. c. einem überraschend lebhaften Widerspruch. Nach ihm soll es eine ganz abgemachte Sache sein, daß der Eigenthümer der Mutterinsel nicht Anspruch erheben darf, auf die in seiner nächsten Nähe entstandene Insel. Er bemerkt nämlich:

„Für den Fall, da die neu entstandene Insel unterhalb oder oberhalb der älteren Insel liegt, enthalten die Gesetze keine besondere Bestimmung, es bedurfte ja einer solchen auch nicht, **da dieser Fall,** wie von selbst einleuchtet, **ganz unter die Bestimmungen des Fr. 7 § 3 fällt** (!!) Die Annahme, daß die propinquitas das die ganze Lehre schlechthin beherrschende Prinzip sei und daher auch einer oberhalb oder unterhalb der neuen Insel belegenen älteren Insel die neue Insel jure accessionis erworben werde, steht eben mit dem fr. 65 § 3 sogar in offenbarem Widerspruch (!!); wäre jenes

der Fall, so hätte die Entscheidung desselben unmöglich auf die Voraussetzung sich beschränken können, daß die neue Insel zwischen der älteren Insel und den Uferländereien liege, und es wäre die dringendste Veranlassung gewesen, jenes im Gesetze auszusprechen."

Nun handelt zwar das fr. 65. § 3 lediglich von dem Fall, wo ein Ufereigenthümer als nächst Belegener eine Insel erwirbt und dann zwischen dieser Insel und dem jenseitigen Flußufer eine neue Insel entsteht. Es wird auch nur die Frage aufgeworfen und beantwortet, ob die den Erwerbstitel bildende nächste Nähe, von dem Inselufer oder vom Festlandsufer aus zu bemessen sei? Aber wir haben es ja eben auch nur mit einem Ausspruch eines Römischen Juristen über eine eng begrenzte Specialfrage zu thun und unmöglich kann es doch zulässig sein, daraus, daß Paulus sich nicht bei dieser Gelegenheit zugleich auch über andere Fragen verbreitet und sich also auch namentlich nicht darüber äußert, Wem die oberhalb oder unterhalb der älteren Insel entstehende neue Insel zuwächst, die Folgerung ziehen zu wollen, daß man mit dem fr. 65. § 3 in offenbaren Widerspruch treten würde, wollte man annehmen, der Eigenthümer der Mutterinsel könne nicht blos die zwischen ihr und einer der beiden Flußuferseiten, sondern auch die ober- und unterhalb derselben in nächster Nähe belegene Insel erwerben. Ueberdies übersieht ja auch Preußer gänzlich, daß der Grund, den Paulus hinzugefügt: nam quid interest, qualis ager sit, propter cujus propinquitatem posterior insula, cujus sit, quaeratur, die Entscheidung liefert für alle verschiedenen Fälle. Denn macht es für den Inselerwerb, wie dies ja auch das fr. 56 pr. eod. weiter bestätigt, keinen Unterschied, ob das nächstbelegene Ufer einer Insel oder dem Festlande angehört, so wird man diese Gleich-

stellung ja auch für die ober- oder unterhalb der Mutterinsel entstehende Insel gelten lassen müssen. Und durften wir es für den Fall, wo das erwerbende Festlandsufer im Flusse ganz ebenso liegt, als hier das ober- oder unterhalb belegene Inselufer, als eine Ungereimtheit bezeichnen, wenn der Nächstbelegene vom Erwerb ausgeschlossen sein sollte, weil sein Land seitwärts von den beiden Flußuferseiten belegen ist, so dürfen wir es auch eine ungerechtfertigte Willkür nennen, wenn der Eigenthümer der Insel ausgeschlossen sein soll von dem Erwerbe einer oberhalb oder unterhalb derselben in nächster Nähe entstehenden neuen Insel. Denn innere Gründe lassen sich offenbar nicht dafür anführen und positive Vorschriften bestehen in dieser Richtung nicht, haben auch bei der Entwickelung der Lehre durch die Juristen nicht aufkommen können.

Es bleibt uns endlich nur noch übrig, auf die Mittellinie zurückzukommen, welche der Länge nach durch den Fluß gezogen werden soll, um zu bestimmen, ob und welcher Theil einer Insel der einen oder anderen Uferseite zufalle. Eine solche Operation ist dem Römischen Recht völlig fremd. Aber es wäre gegen sie an sich nichts zu erinnern, sofern man auch beim Aufsuchen der Flußmittellinie sich ganz streng an das von uns vertretene Prinzip halten und also so verfahren wollte, daß, entsprechend den Vorschriften des Römischen Rechts[22]), jedem der Uferbesitzer der beiden Flußuferseiten der Theil der Insel zufiele, auf den er als Nächstbelegener Anspruch machen kann. Allein es wäre dann doch auch von selbst klar, daß die Mittellinie gar nicht in die Rechtslehre hineingehöre und es an allem Grunde fehle, darauf zu bestehen, daß zunächst durch selbige festgestellt werde, ob und welcher Theil der In-

22) cfr. l. 56. § 1 eod.

sel nach der einen, welcher nach der andern Uferseite fiele. Anders dagegen gestaltet sich die Sache, wenn man — und dies mag wohl der gangbaren Ansicht entsprechen — die Mittellinie stets nur bestimmen will nach den sich gerade gegenüberliegenden Punkten der beiden Flußuferseiten[23]). Denn damit gelangt man zu einer Regel von positivem Charakter, welche in den einheitlichen Rechtsgedanken der Lehre ein störendes, völlig fremdartiges Element hineinträgt. Und wenn auch zugegeben werden kann, daß selbst sie in den meisten Fällen zu demselben Resultat führt, so kommen doch Gestaltungen vor, für die es von Wichtigkeit ist, daran festzuhalten, daß keine Rechtsregel besteht, derzufolge zunächst immer in der angegebenen Weise mit einer Mittellinie vorgegangen werden müßte.

Wir haben oben des Falles gedacht, wo eine Insel vor der Ausmündung eines Nebenflusses entsteht. Verlegen wir diese Insel in die Mitte des Flusses, so haben wir schon einen Fall der beregten Art. Man wird, um die Mittellinie des Flusses festzustellen, sich die Ausmündung des Nebenflusses als durch eine gezogene Linie geschlossen denken können und von dieser Seite ergiebt sich also keine Schwierigkeit für die Auffindung der Mittellinie. Aber, ob man zunächst diese zieht und dann die Grenzen für die Landanlieger der beiden Uferseiten darnach bemißt, oder ob man jedem Uferbesitzer nur einen Anspruch auf den Theil der Insel einräumt, dem er näher belegen ist, als ein Anderer, führt aus dem Grunde zu einem verschiedenen Resultat, weil von der einen Seite aus die Uferbesitzer nur mit schrägen Linien an die Insel herankommen, damit aber die Mittellinie nicht erreichen können, wenn

23) Eine sich noch weiter von dem Prinzip des Römischen Rechts entfernende Vorschrift enthält das Preuß. Landrecht I. 9. § 248.

sie nur bis zu den Punkten vorgehen dürfen, wo ihnen gleiche Nähe begegnet.

Ungleich mehr in die Augen fallend ist aber der Unterschied in dem Fall, wo die in der Mitte des Flusses liegende Insel nach der einen Seite hin vor einer tief ins Land hineingehenden Bucht belegen ist. Die Mittellinie würde hier ganz denselben Einschnitt beschreiten müssen, den die Bucht einnimmt und dabei würde die Insel vielleicht ganz oder doch zum großen Theil außerhalb der Linie liegen, während, wenn man sich einfach an das Prinzip der nächsten Nähe hält, bei der dann eintretenden Concurrenz der von beiden Seiten der Bucht mit schrägen Linien an die Insel herankommenden Uferbesitzer sich selbstfolglich ein wesentlich anderes Resultat ergiebt.

Es ist also keineswegs indifferent, ob man in der Lehre von der Mittellinie eine geltende Rechtsregel anzuerkennen oder nur eine vom Juristen auf einem Gebiete, wo er doch immer nur als Laie auftreten kann, gegebene Anweisung, wie wohl nach mathematischen Regeln bei dem Auffinden der Grenzen zu verfahren sei, zu erblicken hat.

Schon oben aber ist wiederholt darauf hingewiesen worden, daß das Römische Recht nicht vorschreibt, daß zunächst immer durch eine Mittellinie die Grenzen nach beiden Uferseiten hin festzustellen seien, daß auch überhaupt in den Quellen von einer solchen Mittellinie ebensowenig die Rede ist, als von den Perpendikeln, welche man auf die Mittellinie will fallen lassen.

Wir müssen daher auch in dieser Beziehung der gewöhnlichen Meinung entgegentreten [24]).

24) Sie ist freilich sehr alt, auch bereits in neuere Gesetzgebungen übergegangen. Allein in der Wissenschaft giebt auch das höchste Alter einem Irrthum keinen Anspruch auf Fortbestand. Es erträgt auch keine Lehre einen solchen innern Widerspruch, wie darin liegen würde, wenn

Mag uns nun zum Schlusse noch gestattet sein, die Frage zu berühren, ob wir in Vorstehendem wirklich eine völlig neue Theorie aufgestellt haben, so hätten wir sie ja allerdings unbeschränkt zu bejahen, dürften wir mit Preußer die von ihm vertretene Ansicht als eine in der Doctrin allgemein anerkannte bezeichnen. Allein auch hierin müssen wir Bedenken tragen, ihm zu folgen.

Wenn die zahlreichen Schriftsteller, welche davon ausgehen, daß nach Römischem Recht das ganz oder theilweise verlassene Flußbett dem anliegenden Ufer als Fortsetzung anwachse, wenn auch selbst diejenigen unter den Neueren, von denen ausdrücklich auf das Erforderniß der nächsten Nähe hingewiesen wird[25]), lehren, daß durch eine im Flusse der Länge nach zu ziehende Mittellinie festzustellen sei, ob und welcher Theil der einen oder der anderen Uferseite zufalle, und daß für jeden einzelnen Uferbesitzer der Antheil, den er an dem Erwerbe nehme, sich nach der Ausdehnung seines Uferlandes richte, so wäre es doch wohl ein sehr gewagter Schluß von allen Rechtslehrern, welche diese Sätze vortragen, behaupten zu wollen, sie hätten sich damit zu der Ansicht bekannt: „Die größere oder geringere Nähe sei nicht das entscheidende Prinzip,

---

dasselbe Prinzip verschieden gehandhabt werden sollte, je nachdem die Insel, um die es sich handelt, die Mitte des Flusses berührt oder nicht. Und die neueren Gesetzgebungen ergeben nur zu klar, wie unersprießlich die Früchte sind, welche es trägt, wenn eine Anschauung zum Grunde gelegt wird, die in den Grundsätzen des Römischen Rechts Vorschriften von positivem Charakter erblickt. Vgl. die oben Anm. 12 citirte Schrift von Zroblowski, auch Förster l. c. Anm. 6.

25) Vgl. Wächter, Schmidt und Köchy l. c. Es ist auch wohl nur ein anderer Ausdruck für denselben Gedanken, wenn bei Aelteren als z. B. Donellus von Vicinität die Rede ist; vgl. auch Westphal l. c.

das von der Insel entferntere Ufergrundstück werde nicht von dem näheren ausgeschlossen."

Wir möchten im Gegentheil annehmen, daß die Lehre von der Mittellinie aus dem gedachten Prinzip, als vermeintlich damit völlig in Einklang stehend, abgeleitet worden, und gegen den zweiten Satz können auch wir natürlich an sich nichts zu erinnern finden; er wird nur unrichtig, wenn man ihn mit Preußer so auffaßt, daß für die Grundbesitzer eines und desselben Ufers lediglich die Ausdehnung ihres Uferlandes ohne Rücksicht auf die Entfernung von der Insel maßgebend sei. Uns aber fehlt es an genügender positiver Grundlage für die Annahme, daß irgend einer der von uns namhaft gemachten Schriftsteller sich in solcher Weise mit dem Prinzip der nächsten Nähe habe in Widerspruch setzen wollen. Man wird vielleicht den Rechtslehrern, welche Perpendikularlinien von den Grenzpunkten der Uferländereien auf die Flußmittellinie fallen lassen und anscheinend davon ausgehen, daß man mit dieser Verfahrungsweise in allen Fällen das Richtige treffe, vorwerfen können, sich nicht klar gemacht zu haben, daß es Gestaltungen giebt, für welche sich diese Annahme als verkehrt ausweist. Ihnen zum Vorwurf zu machen, daß sie die von ihnen gegebenen Anweisungen als ausschließlich geltende Rechtsregeln mit den daraus zu ziehenden Consequenzen hätten hinstellen wollen, dazu halten wir uns nicht für berechtigt.

Was die vorstehenden Erörterungen Neues bringen, reducirt sich also doch wohl darauf, daß sie dem Prinzip der nächsten Nähe, bei scharfer Präcisirung desselben, die ihm als dem die ganze Lehre beherrschenden Rechtsprinzip zukommende Stellung geben und alles was sich fremdartiges daran angesetzt hat, zurückweisen.

Damit wollen wir es indessen nicht verleugnen, daß, so-

weit unsere Kunde der Litteratur reicht, hier zum ersten Mal der Versuch gemacht worden, für die Lehre vom ganz oder theilweise verlassenen Flußbett durch Zurückführung auf ihren innern Rechtsgedanken und auf das daraus hervorgehende, in den Quellen vielfach bestätigte Rechtsprinzip eine festere Grundlage zu gewinnen, und insofern mag immerhin die von uns vertheidigte Ansicht sich als eine neue Theorie bezeichnen lassen.

Der im Seuffert'schen Archiv l. c. mitgetheilte Rechtsfall brachte uns die Aufgabe, dem Grundprinzip des Römischen Rechts durch selbstständige Forschung nachzugehen; die Entscheidungen der Vorinstanzen, welche sich ganz der Preußer'schen Auffassung der gangbaren Ansicht angeschlossen hatten, und die lebhafte Vertheidigung[26]), welche diese in der mehrerwähnten Nachschrift gefunden, haben uns es nahe gelegt, unsererseits wenigstens den Anstoß zu geben, zu weiterer wissenschaftlicher Bearbeitung dieser Lehre, welche, wie uns scheinen will, bisher eine recht stiefmütterliche Behandlung gefunden hat, bei der das eigentliche Rechtsprinzip so sehr in den Hinter-

26) Hat schon die über die oben erörterte Frage: Wem gehört die in nächster Nähe einer älteren Insel unterhalb derselben entstehende Insel? in Uebereinstimmung mit unserer Ansicht in letzter Instanz gefällte Entscheidung Staub aufgewirbelt, wie viel mehr werden wir dies jetzt zu besorgen haben, wo wir nicht blos das lange vernachlässigte Rechtsprinzip zu rehabilitiren gesucht, sondern sogar uns erkühnt haben, die altergraute Theorie von der Mittellinie über Bord zu werfen. Unter diesem Eindruck sind wir ausführlicher geworden, als es ursprünglich in unserem Plan lag. Und doch haben wir Einwände unberührt gelassen, von denen wir uns sagen mußten, daß auch sie nicht ausbleiben würden, wenn alle Argumente ins Feld rückten, die sich mit einigem äußern Schein möchten verwenden lassen. Es widerstrebte uns aber in der Bekämpfung solcher Gründe weiter zu gehen, als es durch das in dieser Richtung vorliegende Material geboten erschien.

grund getreten, daß es wohl in Frage gestellt werden kann, ob man sich des Zusammenhangs der vorgetragenen Sätze mit demselben immer bewußt geblieben und nicht etwa gemeint gewesen, diese Sätze als maßgebende Rechtsregeln hinstellen zu dürfen.

III.

Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen.

Von

J. Bremer, Bürgermeister a. D. in Flensburg.

Nach älterem römischen Recht und bis auf Justinian erzeugte bekanntlich ein bloßes pactum de donando keine Verbindlichkeit; nur durch einen Formalcontract oder durch Tradition konnte die Schenkung rechtliche Wirksamkeit erlangen. Ferner waren schon in älterer Zeit, namentlich seit der lex Cincia aus dem Jahre 204 vor Christo, Beschränkungen für die Schenkungen in Beziehung auf die Größe angeordnet. Die römische Gesetzgebung über diesen Gegenstand ist erst durch Justinians Verordnungen in l. 34 und 36 C. de donationibus 8, 54 zum Abschlusse gelangt und nur in minder erheblichen Punkten sind durch die Novellen 52 c. 2 und 127 c. 2 nachträgliche Bestimmungen getroffen worden. Der Inhalt der neuen Gesetzgebung läßt sich in der Kürze folgendermaßen angeben: Die Schenkung bis zum Betrage von 500 solidi ist als bloßer Consensualcontract ohne alle Form gültig und von voller Rechtswirkung; wenn sie aber 500 solidi und so

weit sie diese Summe übersteigt, bedarf sie, von einigen ausdrücklich festgestellten Ausnahmen abgesehen, der gerichtlichen Insinuation, und zwar mit der Wirkung, daß eine Schenkung, bei welcher es an dieser Form fehlt, zwar bis zum Betrage von 500 solidi gültig und von voller rechtlicher Wirksamkeit verbleibt, im Uebrigen aber als gar nicht geschehen betrachtet werden soll.

Ueber den Werth und die Zweckmäßigkeit der Insinuationsvorschrift im Ganzen und in einzelnen Theilen lassen sich freilich verschiedene Ansichten geltend machen. Die Beschränkungen der Schenkung, welche sich in den Gesetzbüchern Preußens, Oesterreichs, Frankreichs finden [1]), dürften schwerlich der Insinuationsvorschrift vorzuziehen sein. Von dem abstracten Standpunkt völlig unbeschränkter und ungehemmter Verkehrsfreiheit aus wird man sich gegen jede beschränkende Form erklären; indeß läßt sich bei der eigenthümlichen Natur der Schenkung die Zweckmäßigkeit solcher Formen für größere Schenkungen nicht verkennen, und die bei jedem Richter zu erwirkende von einer causae cognitio nicht abhängige Insinuation des römischen Rechts ist eine Form, welche dem ernstlichen und mit genügendem Bedacht gefaßten Schenkungswillen keine weiteren Schwierigkeiten entgegensetzt, als daß der Wille eines Theils klar zu Tage treten muß, andererseits gänzliche Heimlichkeit ausgeschlossen wird. In den Gebieten des gemeinen Rechts ist die Vorschrift der Insinuation bestehen geblieben; sie ist mehrfach unter Ausdehnung auf geringere Summen in einzelne Statute und Partikulargesetze übergegangen. In das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen sind im Wesentlichen die Grundsätze des römischen Rechts aufgenommen, und es ist der Betrag, bis zu welchem es der Insinuation nicht bedarf, auf

1) S. Savigny, System B. 4. S. 290. 291.

1000 Thlr. herabgesetzt. Dennoch scheint sich in der Rechtswissenschaft mehrfach eine gewisse Abneigung gegen das Erforderniß der Insinuation geltend gemacht zu haben; wenigstens hat man vielfach versucht, einzelne Arten der Schenkung von dem Bereiche der Insinuationsvorschrift auszuschließen, welche nach richtiger Auslegung und Auffassung unter dieselbe fallen. Die bei vielen Schriftstellern, wie auch in manchen gerichtlichen Entscheidungen, hervortretende Neigung, die Anwendung der Insinuationsvorschrift zu beschränken, andere Ausnahmen, als die in den Gesetzen festgestellten, zuzulassen, erklärt sich wohl daraus, daß die Anwendung oftmals eine wenigstens scheinbare Härte enthalten, daß es sich als unbillig darstellen mag, wenn der Schenker oder sein Erbe die Nichtigkeit einer Schenkung geltend macht, und der Bereicherte den Ueberschuß über 500 solidi herausgeben muß, welchen er schon als zu seinem Vermögen gehörig ansah. Diese scheinbare Härte ist aber eine nothwendige Folge jeder als unerläßlich vorgeschriebenen Form und keine größere, als bei anderen Rechtsgeschäften, z. B. bei letztwilligen Verfügungen, wenn eine noch so ernstlich gewollte und auch erklärte Absicht der Zuwendung ohne Erfolg bleibt, weil der Testator durch Zufall an der förmlichen Errichtung der Willensordnung gehindert, oder weil in der Form etwas versehen worden ist. Namentlich liegt kein Grund vor, denjenigen besonders zu beklagen, welcher ohne Insinuation eine 500 solidi übersteigende Schenkung angenommen hat, und nun den Ueberschuß herausgeben muß, da derselbe nicht mit dem Bewußtsein eines gültigen Erwerbes (sciant veros, non falsos esse donatores) hat empfangen können.

Um die Mitte des vorigen Jahrhunderts ist von einem Schriftsteller[2]) sogar die Behauptung aufgestellt worden, daß

2) Estor, Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen 1757 — 1767. § 2891.

die Vorschrift des römischen Rechts über Insinuation der Schenkung außer Gebrauch gekommen sei. Die fortdauernde Geltung und Anwendung der Insinuationsvorschrift bis auf den heutigen Tag ergiebt sich durch allgemeine Anerkennung der Schriftsteller, wie durch Aussprüche der Gerichte aus älterer und neuerer Zeit, und gerade die mehrfachen verschiedenartigen Entscheidungen höchster Gerichte in unserer Zeit haben die nachfolgende Zusammenstellung und Erörterung der den Umfang der Anwendung betreffenden Streitfragen hervorgerufen.

Die Nichtigkeit jeder ohne Insinuation vorgenommenen Schenkung, so weit sie 500 solidi übersteigt, ist mit genügender Bestimmtheit von Justinian ausgesprochen, namentlich ist hervorgehoben, daß bei Schenkung einer Species durch Tradition das Eigenthum nur bis zum Schätzungswerthe von 500 solidi auf den Empfänger übergeht, der Tradent wegen des Ueberschusses Miteigenthümer bleibt, die Sache eine res communis wird, daß also dem Willen des Tradenten, Eigenthum zu übertragen, die sonst diesem Willen und der Tradition an sich beiwohnende Kraft entzogen ist. Die Vorschrift gehört mithin zu denjenigen, welche die Römer als jus publicum bezeichnen, und ein Verzicht des Schenkers auf Anfechtung der Schenkung, auf Rückforderung, muß ohne Rechtswirkung bleiben. Die Nichtigkeit wird nicht, wie es bei der lex Cincia der Fall war, und auch hinsichtlich der Schenkung zwischen Ehegatten noch gilt, durch den Tod des Schenkers gehoben; nur durch ausdrückliche Bestätigung der Schenkung in einer letztwilligen Verfügung kann die nicht insinuirte Schenkung aufleben; aber ihre Gültigkeit ist dann nicht von dem Zeitpunkte des Schenkungsacts, sondern der letztwilligen Bestätigung zu berechnen;

l. 25 C. de donat. int. vir. et ux. 5, 16.

es bleibt mithin die Schenkung als solche nichtig, es tritt nur hinsichtlich des Ueberschusses ein neuer Erwerbsgrund ein, das Recht des Beschenkten beruht dann allein auf der letztwilligen Verfügung.

Ungeachtet der Bestimmtheit und Umständlichkeit der von Justinian über die Insinuation der Schenkung erlassenen Gesetze ist eine Anzahl Streitfragen über den Umfang entstanden, in welchem das Erforderniß der Insinuation zur Anwendung zu bringen sei. Bei der Behandlung dieser Fragen läßt sich nicht vermeiden, den Zweck der Insinuation, die ratio legis, in Betracht zu ziehen, und es sind auch in dieser Beziehung verschiedene Ansichten geltend gemacht. Aus der Beschaffenheit der vorgeschriebenen Form, einer Erklärung vor Gericht, wie aus einzelnen Aussprüchen der Gesetze, ergiebt sich nun unzweifelhaft, daß zur Vermeidung von Ungewißheit und Streitigkeiten über Dasein, Gegenstand und Umfang der Zuwendung für jede große Schenkung ein öffentlicher Beweis vorhanden sein solle. Es ist auch einleuchtend, daß für große Schenkungen, mehr als für jede andere Art der Vermögensveräußerung, eine solche Einrichtung sich als nützlich und wünschenswerth darstellt. Mehr, als bei anderen Geschäften, ist bei Schenkungen Neigung zur Geheimhaltung vorhanden; leicht kann es zweifelhaft werden, in welchem Umfange geschenkt ist, auch ob eine Schenkung oder ein anderes Geschäft in der Absicht gelegen habe. Wenn ein reicher Mann seinem Verwandten oder Freunde verspricht, ihn durch Hingabe einer Geldsumme aus einer Bedrängniß zu befreien, so kann es möglicherweise ungewiß sein, ob dieses als Schenkung oder Zusicherung eines Darlehns aufzufassen sei, und selbst bei erfolgter Hingabe kann der Zweifel bleiben, wie auch in l. 36 D. de acqu. rer. dom. 41, 1. und l. 18 pr. D. de reb. cred. 12, 1. das Beispiel einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem

Geber und dem Empfänger hervorgehoben wird. Dazu kommt, daß bei Schenkungen weit leichter als bei anderen Geschäften später eine Aenderung in der Gesinnung des Versprechenden oder Hingebenden eintreten kann, daß namentlich dessen Erben häufig nicht geneigt sein werden, eine Handlung ihres Erblassers als Schenkung anzuerkennen. So unverkennbar es nun bei der Vorschrift wegen Insinuation der Schenkungen auf einen öffentlichen Beweis abgesehen ist: so liegt doch zu Tage, daß der Zweck der Vorschrift weiter geht. Für das Erforderniß eines Beweises durch eine öffentliche Urkunde würde ausreichen, wenn vorgeschrieben wäre, daß im Streitfalle der Beweis einer Schenkung lediglich mittelst der Insinuationsurkunde solle erbracht werden können, daß jedes andere Beweismittel ausgeschlossen sei. Bei der durch das Gesetz vorgeschriebenen Nichtigkeit der Schenkung, soweit sie 500 solidi übersteigt, kann aber der Schenker selbst, welcher einräumt, mit vollem Wissen und Willen geschenkt zu haben, den Ueberschuß zurückfordern, und gleichfalls können die Erben des Schenkers die Handlung ihres Erblassers anfechten. Diese Folge und der geschichtliche Zusammenhang der neuen gesetzlichen Vorschrift mit den früheren Beschränkungen der Schenkung lassen keinen Zweifel übrig, daß es nicht bloß auf Sicherstellung des Beweises, sondern auch auf eine eigentliche Erschwerung der Schenkung abgesehen sei, daß der Ausführung eines vielleicht durch augenblickliche Gefühlserregung hervorgerufenen, nicht genügend überlegten, hinterher leicht zu bereuenden Entschlusses ein Hemmniß hat bereitet werden sollen. Der Ausschluß der Heimlichkeit dient überdies dazu, solche große Schenkungen zu verhindern, welche in dem Verhältnisse zu den Angehörigen des Schenkers, oder zu seinen Gläubigern, oder in anderen Beziehungen, als tadelswürdig oder rechtswidrig erscheinen würden. Man darf wohl annehmen, daß alle diese Zwecke bei der In-

sinuationsvorschrift ins Auge gefaßt sind, und daß durch dieselbe sowohl das Interesse des Gebenden und Nehmenden, als das dritter Personen, der Familienglieder, der Erben und der Gläubiger des Schenkenden, hat geschützt werden sollen.

Bei Fragen über Anwendung der Insinuationsvorschrift ist mehrfach für beschränktere Anwendung geltend gemacht worden: daß Justinian durch seine Gesetzgebung die Schenkungen habe erleichtern wollen, die Form der Insinuation nur als Ausnahme von der Regel vorgeschrieben sei, und daß daher im Zweifel immer gegen die Nothwendigkeit der Insinuation zu entscheiden sei[3]). Diese Schlußfolgerung ist in solcher Allgemeinheit nicht richtig. Allerdings bildet die vorgeschriebene Form der Insinuation eine Ausnahme von der Regel des freien Verkehrs und von der erst von Justinian dem formlosen Schenkungsvertrage beigelegten vollen Rechtsgültigkeit. Daraus folgt, daß die Vorschrift nicht auszudehnen sei auf Zuwendungen, welche in ihren Wirkungen der Schenkung gleich stehen oder nahe kommen, aber doch nicht unter den Begriff derselben fallen, z. B. Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zum Vortheile eines Anderen, Bestellung einer dos; ferner, daß bei einem Zweifel, ob der Gegenstand der Schenkung 500 solidi übersteige, die Vorschrift nicht zur Anwendung zu bringen sei, vielmehr für solche Anwendung die Ueberschreitung des Maßes unzweifelhaft vorliegen müsse, wie auch Justinian bei einer 500 solidi nicht übersteigenden mit dem Tode des Gebers oder Empfängers aufhörenden Rente mit Rücksicht auf die Ungewißheit des vollen Betrages die Anwendung der Insinuation ausgeschlossen hat. Für alle das Maß übersteigenden wirklichen Schenkungen („omnem donationem — sine aliqua distin-

3) Vgl. Seuffert, Archiv I. 342.

ctione“) bildet das Erforderniß der Insinuation eine **allgemeine Regel**; bei diesen ist eine beschränkende Erklärung ausgeschlossen; die Frage, ob eine 500 solidi übersteigende Zuwendung eine Schenkung sei, und als solche der Insinuationsvorschrift unterliege oder nicht, ist aus den anderweitigen für den Begriff der Schenkung in Betracht kommenden Merkmalen ohne Rücksicht auf die Insinuation zu entscheiden, und außer den gesetzlich festgestellten Ausnahmen darf keine andere gemacht werden.

Ganz vereinzelt stehende Ansichten aus älterer Zeit über Ausnahme gewisser Schenkungen von der Insinuationsvorschrift, z. B. daß Schenkung eines nomen, Schenkungen zwischen Eltern und Kindern der Insinuation nicht bedürfen[4]), können hier unberührt bleiben. Dagegen mögen **zunächst** solche Streitfragen hervorgehoben werden, welche sich bis in unsere Zeit erhalten haben, jetzt aber nach der unter den Rechtslehrern vorherrschenden Ansicht oder nach übereinstimmenden Entscheidungen der höchsten Gerichte wohl als erledigt angesehen werden dürfen.

1. Nach der Ansicht vieler Rechtslehrer des vorigen Jahrhunderts, welche jedoch auch Widerspruch fand[5]), sollte der **Erlaß einer Forderung** der Insinuation nicht bedürfen; eine Ausnahme für diese Art der Schenkung wurde aus l. 23 D. de donationibus 39, 5 abgeleitet:

> „Modestinus respondit, creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere pacto posse, nec in ea **donatione** ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere.“

---

4) S. **Marezoll**, über die Insinuation der Schenkungen in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. B. 1. S. 43. — **Müller**, promtuarium. Vol. II. p. 685.

5) Frid. Ess. **Pufendorf**, animadv. juris universi, t. 1. obs. 67.



Wäre in dieser Stelle wirklich eine Ausnahme von der Regel zu finden, so würde man diese Ausnahme auf die Zinsen der zukünftigen Zeit beschränken müssen, nicht aber auf bereits fällige Zinsen oder sogar auf alle Schulden überhaupt ausdehnen dürfen. So wird von Mühlenbruch[6]) der Erlaß künftig erst fällig werdender Zinsen als ein Fall der Ausnahme von der Insinuationsvorschrift bezeichnet. Gewiß ist es richtiger, mit Marezoll[7]) anzunehmen, daß der Erlaß oder die Herabsetzung künftiger Zinsen nicht unter den Begriff einer Schenkung falle, und deshalb das Verbot der lex Cincia auf einen solchen Fall keine Anwendung habe finden können, wie ja auch das reine mutuum, das zinsenfreie Darlehn, nicht als Schenkung aufgefaßt wird. Die Worte „ea donatione" sind wohl nur ein ungenauer Ausdruck, welcher durch die Aehnlichkeit solcher Entsagung mit einer Schenkung veranlaßt worden ist; so sagt auch Ulpian in l. 5 § 13 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1. „Si maritus heres institutus repudiet donationis causa, — donationem valere, neque enim pauperior fit, qui non acquirat." — Die Ansicht von einer Ausnahme für den Schulderlaß hat in neuester Zeit keine Vertheidiger gefunden, und ist allem Anschein nach auch in der Praxis gänzlich aufgegeben; in Seuffert's Archiv V. 165. VI. 39. VIII. 133. XI. 247 S. 371. XVIII. 38. sind übereinstimmende Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte zu Lübeck, Kiel, Oldenburg, und der Juristenfacultät zu Jena mitgetheilt, nach welchen für Schenkungen durch Schulderlaß die Insinuation erfordert wird, während dieses Archiv keinen Fall einer entgegenstehenden Entscheidung enthält.

6) Lehrbuch des Pandektenrechts Th. 2. § 440.
7) A. a. O. S. 41—43.

2. Von älteren Commentatoren des römischen Rechts ist für Schenkungen an eine pia causa eine Ausnahme von der Insinuationsvorschrift behauptet worden. In neuerer Zeit hat sich Mühlenbruch anfangs für diese Ansicht erklärt, ist aber später entschieden von selbiger zurückgetreten[8]). Dagegen bezeichnet Burchardi[9]) Schenkungen an Kirchen und milde Stiftungen als von der Insinuation befreit, nicht aber Schenkungen zu wohlthätigen Zwecken „ad pietatem." Allerdings wird in l. 34 C. de donat. vom Jahre 529 zu Gunsten der milden Stiftungen von der Vorschrift, daß 300 solidi übersteigende Schenkungen der Insinuation bedürfen sollen, eine Ausnahme gemacht, aber sogleich hinzugefügt, daß andere Schenkungen, als die allgemein ausgenommenen kaiserlichen, quae ad pietatem respiciunt, bis zu der Summe von 500 solidi gültig sein sollen, eine Begünstigung, welche als solche dadurch hinfällig geworden ist, daß Justinian durch die l. 36 eod. vom Jahre 531 das Maß der keiner Form bedürftigen Schenkung allgemein (sine aliqua distinctione) auf 500 solidi erweitert hat. Außerdem ist durch eine specielle Constitution, l. 19 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2, das Erforderniß der Insinuation für alle den Betrag von 500 solidi übersteigenden Schenkungen an Kirchen, Kranken-, Waisen-, Armenhäuser u. s. w. ausdrücklich hervorgehoben; und wenn auch das Jahr dieser Constitution (nach der Ausgabe des Codex von Contius das Jahr 528) zweifelhaft sein mag, so ist sie doch als geltende Vorschrift in den neuen Codex aufgenommen, und ihr Inhalt mit der l. 34 C. cit. übereinstim-

8) Doctrina pandectarum t. 3 § 631 not. 13. — Lehrbuch des Pandektenrechts. Th. 2 § 440 Note 18.

9) Lehrbuch des römischen Rechts § 268.

mend. Im Uebrigen darf über diese Frage auf Marezoll[10]) und Buchholz[11]) verwiesen werden. Man kann die Ansicht von einer Ausnahme der Geschenke an milde Stiftungen oder zu milden Zwecken als eine jetzt in der Theorie verworfene bezeichnen, und man wird der Erklärung Thibaut's[12]), Mühlenbruch's[13]) und Göschen's[14]) beitreten müssen, daß jene Ansicht den Rechtsquellen geradezu widerstreite.

In Seuffert's Archiv ist über die Frage wegen Insinuation der Schenkungen an milde Stiftungen kein Rechtsfall enthalten; es findet sich aber in diesem Archiv XX. 35 eine auffallende Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Dresden vom 6. Dec. 1863, daß die Schenkung einer jährlichen Rente an die Tochter eines verstorbenen Bruders der Insinuation nicht bedürfe, weil vorausgesetzt werden müsse, „daß dieser Act der Mildthätigkeit aus Pietät gegen den verstorbenen Bruder und die Nichte und im Bewußtsein einer moralischen Verbindlichkeit vorgenommen sei, und weil bei solchen Motiven für den Act der Freigebigkeit diese „den Charakter der eigentlichen Schenkung verliere, und die Zuwendung eines Vermögensvortheils an den Percipirenden in den Hintergrund trete." Die Entscheidungsgründe berufen sich auf Savigny (System Bd. 4 S. 83 u. fg.), welcher allerdings den Um-

10) A. a. O. S. 40. 41.

11) Ueber die Insinuation der Schenkungen an piae causae in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß. N. F. B. 11 S. 138—148. — Buchholz bezeichnet Arndts als einen Vertheidiger der Ansicht von einer Ausnahme der Schenkungen „zu milden Zwecken"; wogegen dieser in der neueren Ausgabe seines Lehrbuchs der Pandekten § 81 Note t. Widerspruch erhebt.

12) System des Pandektenrechts § 492 Note 1.

13) Lehrbuch des Pandektenrechts. Th. 2 440 Note 18.

14) Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. B. 3 § 538.

stand, daß in den Rechtsquellen einzelne besondere Fälle der Bereicherung, nämlich unterlassener Abzug der falcidischen Quart, Uebernahme eines fremden Kindes zur Erziehung, nicht als Schenkungen aufgefaßt werden, daraus zu erklären sucht, weil in solchen Fällen bei persönlicher Pietät gegen den Bereicherten oder einen Dritten die Bereicherung als untergeordnete Folge zurücktrete, und die Handlung deshalb nicht als Schenkung in Betracht komme; aber Savigny ist doch keineswegs so weit gegangen, daraus ein allgemeines Princip abzuleiten, nach welchem jede aus Pietät oder dem Bewußtsein einer moralischen Verbindlichkeit hervorgehende Freigebigkeit von dem Begriffe der Schenkung auszuschließen sei. Jenem Dresdener Erkenntnisse steht ein neueres des Oberappellationsgerichts zu Oldenburg (in Seuff. Archiv XXIII. 129a.) entgegen, in dessen Entscheidungsgründen eine genügende Widerlegung der in dem Ersteren geltend gemachten Ansicht, wie auch der von Savigny aufgestellten Hypothese enthalten ist. Offenbar ließe sich durch solche oder ähnliche Argumente, wie sie in den Entscheidungsgründen des Oberappellationsgerichts zu Dresden aufgestellt sind, das Erforderniß der Insinuation in den allermeisten, wenn nicht in allen Fällen der Schenkung und bei jeder Art derselben beseitigen. Bei der Neigung des Menschen, namentlich jedes Verständigen, sein Vermögen zu erhalten oder zu seinem und der Seinigen Nutzen zu verwenden, ist wenigstens bei jeder größeren Schenkung ein Beweggrund von besonderer Wirksamkeit vorauszusetzen. Zwei Momente sind es, welche für den Begriff der Schenkung wesentlich in Betracht kommen, Bereicherung des Empfängers, Aufopferung auf Seiten des Gebenden. Bei einer großen Schenkung an Dürftige, an Verwandte und Freunde, aus Dankbarkeit, läßt sich immer eine Pietät oder doch ein Bewußtsein moralischer Verbindlichkeit voraussetzen, und in solchen Fällen sollte der Vermögens-

vortheil des Empfängers in den Hintergrund treten, deshalb die Insinuation nicht erforderlich sein. Wo aber ein solches Bewußtsein nicht vorausgesetzt werden kann, da bleibt kaum etwas Anderes übrig, als anzunehmen, daß der Gebende aus selbstsüchtigen Absichten gehandelt habe, sei es um mit seinen großen Gaben zu prunken, oder um sich beliebt zu machen, sich Anhänger zu verschaffen oder sonstige Vortheile zu erreichen; und in solchen Fällen ließe sich das Moment der Aufopferung bestreiten oder in den Hintergrund schieben. Jener Ansicht von der Unanwendbarkeit der Insinuationsvorschrift auf Schenkungen aus Pietät oder dem Bewußtsein moralischer Verpflichtung stehen die Worte der justinianischen Gesetze, steht namentlich der Schlußsatz in l. 19 C. de sacrosanctis ecclesiis klar entgegen:

„nulli danda licentia quacunque alia causa quasi pietatis jure subnixa praeter eas, quas specialiter exposuimus; introducenda veterum scita super intimandis donationibus permutare."

3. Sehr verbreitet ist lange Zeit hindurch bei den Schriftstellern die Ansicht gewesen, daß die Vorschrift der Insinuation auf sogenannte remuneratorische Schenkungen nicht Anwendung finde. Man ging davon aus, daß nach l. 27 D. de donat. 39, 5. eine remuneratorische Schenkung eigentlich nicht unter den Begriff der Schenkung falle, und man berief sich ferner auf die l. 34 § 1 D. eod., in welcher eine Schenkung dafür, daß Jemand den Schenkenden den Straßenräubern oder Feinden entrissen habe, als unwiderruflich bezeichnet wird. Obgleich diese Ansicht nicht ohne Widerspruch geblieben war, darf man sie doch als die vorherrschende betrachten, bis sie (1828) von Marezoll[15]) gründlich wi-

15) A. a. O. S 30—40. Die Schriftsteller für und gegen diese

verlegt wurde; seitdem ist sie in der Doktrin nach und nach gänzlich aufgegeben. Allerdings ist bei Zuwendungen für vorausgehende Handlungen des Empfängers zu unterscheiden, ob sich dieselben als auf Erfüllung einer rechtlichen Verbindlichkeit gerichtet, als Lohn oder sonstige Gegenleistung darstellen, oder als freiwillige Bereicherung, als Schenkung. Im letzteren Falle wird der Begriff der donatio und somit auch die Unterordnung derselben unter die Vorschrift der Insinuation dadurch nicht ausgeschlossen, daß Dankbarkeit für erwiesene Gefälligkeiten oder Wohlthaten den Beweggrund bilden, daß der Geber durch die Schenkung eine sittliche Pflicht hat erfüllen wollen, da in den meisten Fällen der Schenkung (wenn sie nicht etwa aus eigennützigen Beweggründen hervorgeht) ein Bewußtsein sittlicher Verpflichtung zu Grunde liegen wird. Während jetzt von den Rechtslehrern durchgehends die Anwendbarkeit der Insinuationsvorschrift auf remuneratorische Schenkungen anerkannt wird, finden über die Bedeutung und den Bereich der in l. 34 § 1 cit. enthaltenen Norm noch verschiedene Ansichten Statt. Nach Marezoll[16]) darf diese Stelle auf die Insinuationsvorschrift nicht bezogen werden, es wird durch dieselbe lediglich die Widerruflichkeit der Schenkung wegen nachherigen Undankes ausgeschlossen. Diese Ansicht dürfte vor allen übrigen den Vorzug verdienen. Der Ausspruch des Paulus, wie er sich in Sent. rec. V. 11 § 6 findet:

Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur.

Ansicht sind genannt von Marezoll a. a. O. und Müller, promtuarium vol. II. p. 634.

16) A. a. O. S. 37. 38.

und welcher allerdings auf das Verbot der Schenkungen über einen gewissen Betrag hinaus durch die lex Cincia bezogen werden muß, ist in der angezogenen Pandektenstelle verändert, indem es daselbst heißt:

> Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est.

Revocabilität der Schenkung und gänzliche Ungültigkeit eines Theils derselben wegen unterlassener Insinuation sind wesentlich verschiedene Begriffe[17]), nach Grund und Wirkung durchaus verschieden. Da nun bei Aufnahme dieser Stelle in die Pandekten gerade diejenigen Worte weggelassen sind, durch welche Paulus unzweideutig angiebt, daß auf eine Schenkung dieser Art, wie sehr dieselbe auch das Maß der erlaubten Schenkungen übersteigen möge (in infinitum), das Verbot der lex Cincia keine Anwendung finde, und da diese Worte durch den Ausdruck irrevocabilis ersetzt sind, einen Ausdruck, welcher zunächst und an sich doch nur die Verneinung der nachherigen Zurückforderung einer von Anfang an vollgültigen Schenkung aus besonderen Gründen enthält: so dürfte kein Grund zu der Annahme vorliegen, daß durch diesen Ausdruck auch zugleich die Unanwendbarkeit der damals schon geltenden neuen Vorschriften Justinians über das allgemeine Erforderniß der Insinuation habe angedeutet werden sollen, abgesehen davon, daß es bei der Ausführlichkeit und Bestimmtheit der die Insinuation betreffenden Verordnungen Justinians und den von diesem Gesetzgeber besonders festgestellten Ausnahmen, so wie bei der ganz verschiedenen Natur der lex Cincia und der Insinuationsvorschrift, bedenklich sein möchte, aus einer die lex Cincia betreffenden Pandektenstelle eine Ausnahme von der Insinua-

17) Savigny, System § 169 S. 230. 231.

tionsvorschrift abzuleiten. Will man jedoch der Ansicht vieler Rechtslehr,r beitreten, daß aus dem „irrevocabilis" jener Pandektenstelle eine Ausnahme von der Nothwendigkeit der Insinuation zu entlehnen sei, so müßte man doch die Ausnahme auf den ausdrücklich genannten Fall beschränken, auf die Befreiung aus den Händen der Räuber und der Feinde, und es möchte eine Ausdehnung auf jede Art der Lebensrettung, welche freilich meistens angenommen wird, nicht zulässig sein; wogegen, wenn man mit Marezoll die Stelle nur auf Widerruf wegen Undanks bezieht, eine Ausdehnung allerdings gestattet sein möchte. — Weniger schnell und entschieden hat seit dem Erscheinen der Abhandlung Marezoll's die Praxis der höchsten Gerichte, so weit selbige aus Seuffert's Archiv zu ersehen ist, das Erforderniß der Insinuation für remuneratorische Schenkungen anerkannt. Das Oberappellationsgericht zu Dresden hat es als eine festgestellte Praxis bezeichnet, daß die remmueratorische Schenkung der Insinuation nicht bedürfe, und es hat nach dieser Ansicht noch wenigstens im Jahre 1846 entschieden [18]). Das Oberappellationsgericht zu Celle, welches in einem Erkenntnisse vom Jahre 1847 [19]) hinsichtlich der Insinuation keinen Unterschied zwischen remuneratorischen und anderen Schenkungen annahm, hat sich später, 1852, der entgegengesetzten Ansicht zugewandt, davon ausgehend, es gehöre zum Begriffe der Schenkung, daß sie nicht zur Vergeltung geschehe [20]); dagegen 1866 bei Entscheidung über eine wegen remuneratorischer Schenkung angestellte actio Pauliana ausgesprochen, daß die allgemein über Schenkung geltenden Regeln auch auf die remuneratorischen Schenkungen angewandt werden müßten, „weil

18) Seuff. Arch. I. 340. III. 265.
19) Seuff. Arch. IV. 118 Note 1. V. 18.
20) Seuff. VIII. 132.

das Motiv den rechtlichen Charakter des Acts nicht zu alteriren vermöge" [21]), ein Entscheidungsgrund, welcher auch für das Erforderniß der Insinuation maßgebend sein müßte. Die Oberappellationsgerichte zu Lübeck und München [22]), haben die Insinuation als auch für remuneratorische Schenkung nothwendig bezeichnet; jedoch es als zweifelhaft hingestellt, ob eine bereits erfüllte Schenkung wegen mangelnder Insinuation zurückgefordert werden könne; — eine Unterscheidung, gegen welche sich (in Verbindung mit dem, was oben über die Bedeutung des Wortes „irrevocabilis" bemerkt ist,) geltend machen läßt, daß Justinian offenbar das pactum de donando mit der erfüllten Schenkung in Beziehung auf volle Rechtsgültigkeit und auf das Erforderniß der Insinuation gänzlich gleichgestellt hat. Das Oberappellationsgericht zu Jena hat die Anwendbarkeit der Insinuationsvorschrift auf remuneratorische Schenkungen anerkannt [23]), und aus l. 34 § 1 D. de donat. nur die Unwiderruflichkeit solcher Schenkungen wegen Undanks abgeleitet [24]). Ganz allgemein haben die Appellationsgerichte zu Darmstadt, Rostock und Oldenburg [25]) das Erforderniß der Insinuation auch für remuneratorische Schenkungen angenommen, das letztere Gericht mit Berufung darauf, daß diese Ansicht in der Rechtslehre entschieden herrschend geworden sei. Bei der Entschiedenheit der Theorie ist anzunehmen, daß die Lehre von dem Erforderniß der Insinuation für renumeratorische Schenkungen auch in der Praxis die Herrschaft behaupten werde.

4. Aehnlich wie mit der remuneratorischen Schenkung steht es in Beziehung auf das Erforderniß der Insinuation mit

---

21) Seuff. Arch. XXII. 196.
22) Seuff. Arch. IV. 118. XIII. 26.
23) Seuff. Arch. IV. 118 Note 1.
24) Seuff. Arch. VIII. 260.
25) Seuff. Arch. XVIII. 37. (S. 58. 59.) 38. XXV. 238.

der donatio sub modo, obwohl letztere in dieser Beziehung weniger der Gegenstand besonderer Erörterung unter den Rechtslehrern gewesen ist. Leyser[26]) und Mühlenbruch[27]) haben diese Art der Schenkung von der Insinuationsvorschrift ausnehmen wollen; Ersterer stellt sie der remuneratorischen Schenkung gleich; Letzterer bemerkt: „sie ist kein reines Liberalitätsgeschäft; weshalb es auch der gerichtlichen Insinuation bei ihr nie bedarf." Daß die donatio sub modo von der remuneratorischen Schenkung wesentlich verschieden ist, und daß es auf sie keine Anwendung finden würde, wenn auch die remuneratorische Schenkung durch besondere Ausnahme von der Insinuation befreit wäre, möchte sofort einleuchtend sein; nicht weniger, daß die donatio sub modo eine reine Liberalität sein kann, und es namentlich in allen Fällen ist, in welchen der modus lediglich im Interesse des Beschenkten beigefügt ist, aus Fürsorge für sein Wohl und für eine ihm nützliche Verwendung des Geschenkes, wenn etwa einem Menschen, der durch Unglücksfälle um seinen bisherigen Erwerb gekommen ist, eine Schenkung mit der Zweckbestimmung gemacht wird, daß er dieselbe zur Wiederaufnahme einer bestimmten Berufsbeschäftigung verwende, z. B. einem Schiffer, welcher sein Schiff verloren hat, eine Geldsumme mit der Zweckbestimmung geschenkt wird, daß er sich wieder ein Schiff anschaffe. Auch wenn der modus zum Besten eines Dritten hinzugefügt wird, bleibt die Schenkung von Seiten des Gebenden eine reine Liberalität, welche nur nicht dem Empfänger allein, sondern auch dem Dritten zu Gute kommt, vielleicht allein diesem Letzteren. Daß Justinian Schenkungen dieser Art nicht als von der Insinuation befreit angesehen hat, möchte daraus klar hervorgehen,

26) Meditat. ad Pand. spec. 435. med. 3.
27) Lehrbuch des Pandektenrechts § 443.

daß zwei besondere donationes sub modo, zur Loskaufung von Gefangenen und zum Zwecke der Wiederherstellung eines durch Brand oder Einsturz zerstörten Hauses, durch seine ausdrückliche Vorschrift von dem Erfordernisse der Insinuation ausgenommen sind. Selbst wenn der modus weder das Interesse des Empfängers bezweckt, noch einem bestimmten Dritten zu Gute kommen soll, z. B. wenn dem Empfänger die Errichtung eines Denkmals oder die Gründung einer öffentlichen Anstalt auferlegt ist, bleibt die Handlung des Gebenden eine Liberalität, sie fällt unter den Begriff der Schenkung, ist also der Insinuation unterworfen. Nur wenn der modus zum Vortheil des Schenkenden selbst beigefügt ist, eine Leistung an den Geber enthält, kann derselbe für die Frage wegen Anwendung der Insinuationsvorschrift in Betracht kommen; zwar nicht dergestalt, daß die Anwendung der Vorschrift ohne weiteres ausgeschlossen wäre, sondern nur für die Bestimmung des anzunehmenden Betrages der eigentlichen Schenkung; also daß von dem Werthe des verschenkten Gegenstandes das Geldinteresse des Schenkers aus dem modus in Abzug zu bringen, und nur wegen des übrig bleibenden Werthes, sofern derselbe 500 solidi übersteigt, die Insinuation erforderlich sein würde. Diese Beschränkung des Insinuationserfordernisses bei einem zum Besten und im Interesse des Schenkers beigefügten modus, so weit die dem Empfänger aufgelegten Leistungen sich zu Gelde anschlagen lassen, auf den übrig bleibenden Werth der Schenkung dürfte sich nach der Natur und dem Zwecke der Insinuationsvorschrift als nothwendig darstellen; denn so weit eine Gegenleistung des Empfängers Statt finden soll, entzieht sich das Geschäft den wesentlichen Merkmalen der Schenkung, stellt sich nicht als Liberalität dar, es wird das Object der Vermögensaufopferung vermindert, wie denn auch in unseren Rechtsquellen die donatio sub modo als ein negotium mixtum bezeich-

net wird. Schilling[28]) will indeß die donatio sub modo ihrem Wesen und vollem Belaufe nach als Schenkung ansehen und ohne Abzug der Insinuationsvorschrift unterworfen wissen. Abgesehen von dieser Frage, ob und wie weit mit Rücksicht auf den Inhalt des modus das Schenkungsobject in Beziehung auf die Insinuation zu bemessen sei, scheint es jetzt in der Doktrin festzustehen, daß diese Art der Schenkung der Insinuationsvorschrift unterworfeu sei. — Das Oberappellationsgericht zu Dresdcn hat freilich auch mit Berufung auf „Rechtslehrer älterer und neuerer Zeit" (Leyser und Mühlenbruch) und auf den Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift des römischen Rechts über die Insinuation dieser „uneigentlichen Schenkungen" sich für Unanwendbarkeit der Insinuationsvorschrift auf die donatio sub modo ausgesprochen[29]). Dagegen ist von den Oberappellationsgerichten zu Kiel, Lübeck und Darmstadt die Nothwendigkeit der Insinuation für die donatio sub modo, als ein negotium mixtum, anerkanut worden, so weit nämlich mit Rücksicht auf die dem Beschenkten aufgelegten Leistungen an den Schenker der übrig bleibende Betrag sich als Gegenstand einer Liberalität darstellt[30]).

5. Was die donatio mortis causa betrifft, so ist es nach Justinians Bestimmung in l. 4 C. de mortis causa don. 8, 57 völlig unzweifelhaft, daß eine 500 solidi übersteigende Schenkung, wenn sie in einer gewissen anderen Form (nach den Worten des Gesetzes vor fünf Zeugen) errichtet ist, zu ihrer Gültigkeit der gerichtlichen Insinuation nicht bedürfe. Im Uebrigen ist freilich die Frage über die für die do-

28) Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts. Bd. 3. § 360 S. 923. 924.

29) Seuff. Arch. I. 341.

30) Seuff. Arch. VI. 34. 38. XVIII. 36. XXVII. 128.

natio mortis causa erforderliche Form eine sehr bestrittene. Streitig ist nicht nur, ob nach l. 4 cit. die von Justinian erwähnte andere Form im Anhalte an die Worte der Bestimmung lediglich in der Errichtung der Schenkung vor fünf Zeugen zu finden sei, oder ob vielmehr diese Worte eine Hinweisung auf die durch kaiserliche Gesetze festgestellte Codicillarform enthalten; sondern auch ob die Codicillarform oder die Errichtung vor fünf Zeugen für jede Schenkung von Todeswegen, sie möge klein oder groß sein, erfordert werde, ob sie namentlich für die Gültigkeit einer 500 solidi übersteigenden Schenkung nothwendig sei, oder bei dieser durch gerichtliche Insinuation ersetzt werden kann. Früher wurde fast allgemein angenommen, daß nach l. 4 C. cit. jede donatio mortis causa zu ihrer Gültigkeit der Codicillarform oder der Errichtung vor fünf Zeugen, mithin niemals der Insinuation bedürfe, und durch letztere keine Gültigkeit erlangen könne; nachdem diese Ansicht von Schröter[31]) gründlich widerlegt worden, ist jetzt die Ansicht vorherrschend, daß die donatio mortis causa auf gleiche Weise wie die Schenkung unter Lebenden bis zum Belauf 500 solidi ohne besondere Form durch bloßes pactum mit voller Rechtswirkung eingegangen werden könne, und daß, so weit sie diesen Betrag übersteigt, die gerichtliche Insinuation erforderlich sei, wenn nicht die donatio mortis causa in der Form eines Codicills errichtet ist, daß also die Form der Insinuation bei Schenkungen von Todeswegen durch die Codicillarform ersetzt werden könne[32]).

---

31) Ueber die mortis causa donatio in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. 2 S. 97—152.

32) S. Seuffert, Archiv VII. 211. 336. XV. 146. XX. 235. XXIII. 46. XXIV. 304.— Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Th. 3. § 676 Note 3.

Die nunmehr in dem Nachstehenden zu behandelnden Fälle einer Schenkung sind in Beziehung auf die Insinuationsvorschrift von den Schriftstellern weniger ausführlich behandelt worden, auch nicht als durch opinio communis entschieden anzusehen; daher möchte eine weitere Betrachtung derselben von practischem Interesse sein.

I. Schenkung an Mehrere.

Die Frage ist die: wie bei einer in einem und demselben Acte an Mehrere zugleich beschafften Schenkung der das Erforderniß der Insinuation bedingende Belauf zu berechnen sei, ob der ganze Betrag, welchen der Schenker mit einem Male hingiebt, den Maßstab bilde, oder der Betrag des einzelnen Theils, welcher Jedem der Beschenkten zu Gute kommt. Unter den älteren Rechtslehrern, auch noch in den ersten Jahrzehnden dieses Jahrhunderts, scheint es die übereinstimmende oder doch entschieden vorherrschende Ansicht gewesen zu sein, daß es auf den Gesammtbetrag der Schenkung ankomme[33]). Mit großer Entschiedenheit spricht sich namentlich Leyser[34]) dafür aus, indem er ein entgegenstehendes Responsum der Wittenberger Juristen tadelt:

> Ubi unus pluribus eodem tempore ultra quingentos solidos donat, una donatio est, quae supra quingentarum summam non valet: adeoque donatoris, non donatariorum ratio habetur ex unanimi D.D. sententia. — Et quamvis lex de hoc casu lata non sit, ratio tamen legis adest, quae ideo necessitatem insinuationis induxit, ne homines subiti affectus ca-

33) Lauterbach, coll. Pand. l. 39. tit. 5. § 15. — Sam. Stryck, usus modern. ad Pand. 39, 5. § 6.

34) med. ad Pand. t. 6. spec. 433. med. 6.

lore ducti patrimonia sua inconsultis liberalitatibus exhaurirent, fraudulentisque blanditiis captatorum nimium paterent.

Gegen diese Ansicht hat sich in neuerer Zeit namentlich Marezoll[35]) (1828) erklärt und die Behauptung aufgestellt, daß eine Schenkung an verschiedene Personen als eine „Mehrheit besonderer Schenkungen an jeden Einzelnen aufzufassen sei. Thibaut, welcher noch in der siebenten Ausgabe seines Systems (1828. Bd. 2 § 903) die ältere Ansicht unter Berufung auf Lauterbach und Leyser festhielt, ist später Marezoll beigetreten, und die Ansicht des letzteren, daß in Beziehung auf die Insinuationsvorschrift die auf die einzelnen beschenkten Personen fallenden Beträge nicht zusammen gerechnet werden dürfen, hat seitdem nicht nur in einzelne Lehrbücher des Pandektenrechts[36]), sondern auch in Entscheidungen der Oberappellationsgerichte zu Dresden, Jena und Kiel[37]) Eingang gefunden.

Der Satz, welchen in nicht ganz genauer Fassung Marezoll aufstellt, daß „Schenkungen an verschiedene Personen ihrer Natur nach, eine jede als besondere Schenkung für sich ohne Rücksicht auf die andere betrachtet werden müssen“, ist unzweifelhaft richtig, wenn verschiedene Schenkungen vorliegen, wenn Jemand um dieselbe Zeit, etwa an einem und demselben Tage, an Einen den Betrag von 400, den Andern von 300, den Dritten von 450 solidi geschenkt hat, dergestalt, daß diese Schenkungen als verschiedene, von einander unabhängige sich darstellen; wobei es gleichgiltig sein wird, ob der

35) A. a. O. S. 17 Note 3.

36) z. B. Arndts, Lehrb. der Pandekten § 81 Note 3. Windscheid a. a. O. § 367 Note 5.

37) Seuffert, Arch. I. 342. VIII. 131. 133.

Eine von der Schenkung an den Andern etwas weiß oder nicht. Die angeführten gerichtlichen Entscheidungen betreffen alle eine gleichzeitige und in einem Acte vorgenommene Schenkung an mehrere Personen, (die des Kieler Oberappellationsgerichts einen Schulderlaß an mehrere Miterben,) und die Streitfrage ist die, ob eine solche einheitliche Schenkung nach der Mehrheit der Empfänger in Beziehung auf die Insinuationsvorschrift als in verschiedene Schenkungen aufgelöst anzusehen sei.

Die Richtigkeit der älteren Ansicht, daß eine Schenkung an Mehrere nach ihrem Gesammtbetrage unter die Insinuationsvorschrift falle, ist mir nicht zweifelhaft. Wenn Jemand in einem und demselben Acte mehreren Personen z. B. einem Ehepaar, mehreren Geschwistern, Miterben oder durch sonstige Gemeinschaft verbundenen Personen, oder Personen, welche auch erst durch die Schenkung in eine Gemeinschaft gerathen, ein Haus, ein Landgut oder eine Geldsumme schenkt, so wird man schon nach dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens dieses als eine, nicht als mehrere Schenkungen bezeichnen. Mag auch der Gegenstand der Schenkung ideell oder reell theilbar sein, so bleibt doch das Rechtsgeschäft ein einheitliches, durch welches nur zugleich eine Mehrheit von Personen berechtigt wird. Nach den Worten des Gesetzes, welches nicht unterscheidet, ob an Einen oder an Mehrere geschenkt wird, sondern für jede Schenkung, soweit sie das bestimmte Maß übersteigt, im Allgemeinen die Insinuation erfordert, muß eine einheitliche Schenkung an Mehrere ihrem Gesammtbetrage nach unter die Insinuationsvorschrift subsumirt werden. Wie wir den Verkauf einer Species oder einer einheitlichen Quantität an Mehrere als einen Verkauf betrachten, und wie man z. B. eine gesetzliche Vorschrift, daß bei einem gewissen größeren Betrag der Kaufsumme zur Gültigkeit des Kaufhandels ein schriftlicher Vertrag erforderlich sei,

schwerlich für nicht anwendbar erklären würde, wenn ein und derselbe Gegenstand an Mehrere verkauft ist: so fehlt es an jeglichem Grunde, die Schenkung eines und desselben Gegenstandes an Mehrere als verschiedene Schenkungen aufzufassen. Dazu kommt noch, daß dasjenige, wodurch sich eben die Schenkung von allen übrigen Fällen der Veräußerungen wesentlich unterscheidet, weshalb für dieselbe ganz besondere Bestimmungen abweichend von den sonst für Veräußerungsverträge geltenden Grundsätzen zur Anwendung kommen, (Haftung nur für Arglist und grobes Verschulden, keine Haftung für Eviction oder wegen Mängel der Sache, keine Verzinsung wegen Verzuges, beneficium competentiae, Revocabilität, Ungültigkeit zwischen Ehegatten,) eben das Moment der Liberalität, der Aufopferung, der reinen Vermögensverminderung auf Seiten des Schenkers ist, und eben dieses Moment unleugbar die eigenthümlichen Beschränkungen sowohl der lex Cincia als der Insinuationsvorschrift hervorgerufen hat. Dieses Hauptmoment für den Begriff der Schenkung und für die eigenthümliche Behandlung und Stellung derselben, als eines von allen sonstigen Veräußerungs- und Erwerbsgeschäften verschiedenen Rechtsinstituts, muß daher auch für die Berechnung der Größe in Beziehung auf die Insinuation in Betracht kommen, und den Ausschlag geben, wenn es sich darum handelt, den Betrag einer Schenkung festzustellen. So wird eine donatio sub modo, so weit der modus sich nicht als eine Gegenleistung an den Geber selbst (als Verbindung eines Innominatscontracts mit der Schenkung) gestaltet, nach dem Moment der Liberalität, dem Betrage der Vermögensverminderung in Betracht gezogen[38]), und der Erlaß einer Schuld wird zu dem vollen Betrage der-

38) Meyerfeld B. 2 S. 94.

selben angenommen, auch wenn der Schuldner mehr oder weniger zahlungsunfähig wäre [39]).

Daß bei einer einheitlichen Schenkung an Mehrere die Gesammtsumme für die Insinuation in Betracht komme, wird noch weniger zweifelhaft sein können, wenn man den Zweck des Gesetzes ins Auge faßt. Marezoll wirft Leyser und Lauterbach vor, daß sie durch die irrige Annahme, als ob durch die Insinuationsvorschrift der Verschwendung habe gesteuert werden sollen, sich zu ihrer Behauptung hätten verleiten lassen. Worin man aber immer den Zweck der Insinuationsvorschrift finden mag, auch wenn man mit Marezoll annimmt, daß der Zweck lediglich der sei, „für einen künftigen öffentlichen Beweis zu sorgen"; so wird dieser Zweck so gut auf eine in einem Acte vorgenommene Schenkung an Mehrere, als auf eine Schenkung an einen Einzelnen zutreffen. Die Absicht einer Erschwerung, der Verhinderung großer Schenkungen in augenblicklicher Gefühlsaufwallung und ohne Ueberlegung, welche Marezoll selbst als einen der Insinuationsvorschrift zu Grunde liegenden Nebenzweck anerkennt, tritt (wie oben dargelegt worden ist) so klar hervor, daß man unmöglich sie verkennen und bei der Auslegung des Gesetzes unbeachtet lassen kann; wie auch von den Rechtslehrern ganz allgemein die Insinuation als Erschwerung, erschwerende Form bezeichnet, niemals unter dem Gesichtspunkte eines Beweises der Schenkung behandelt wird. Liegt in der Absicht des Gesetzgebers eine Erschwerung, so kann es keinen Unterschied machen, ob der Schenker einen und denselben Gegenstand oder Betrag Einem oder Mehreren gemeinschaftlich, dem Manne allein oder beiden Ehegatten, oder mehreren Geschwistern, Erben u. s. w. zugewandt habe.

39) L. 31 § 1. 4. D. de don. mort. causa 39, 6. — Meyerfeld B. 1. S. 191. — Heimbach im Rechtsl. B. 9. S. 701.

Gewöhnlich wird die Behauptung, daß eine Schenkung an Mehrere in Beziehung auf die Insinuation als eine Mehrheit von Schenkungen aufzufassen sei, in Verbindung mit der Bestimmung Justinians vorgetragen, daß mehrere zu verschiedenen Zeiten vorgenommene Schenkungen an dieselbe Person nicht zusammen zu rechnen sind; man beruft sich auf die Analogie dieser Bestimmung, und es scheint, daß dieselbe gerade zu der Ansicht von der Auflösung einer Schenkung an Mehrere in eine Mehrheit von Schenkungen geführt habe. Allerdings wird man, wenn mehrere Schenkungen an dieselbe Person nicht zusammen gerechnet werden sollen, noch weniger mehrere wenn auch noch so nahe auf einander folgende Schenkungen an verschiedene Personen zusammenrechnen dürfen. Aber im Uebrigen haben die Fälle einer einheitlichen Schenkung an Mehrere und mehrerer nach einander folgender Schenkungen an dieselbe Person nichts mit einander gemein, als daß in beiden eine Mehrheit vorhanden ist, in dem einen Fall eine Mehrheit der Empfänger in dem anderen eine Mehrheit der Acte; ein für die Analogie zutreffendes Merkmal ist hierin nicht zu finden, da in Justinians Entscheidung offenbar alles Gewicht auf die Einheit oder Mehrheit der Schenkungsacte gelegt ist, also daß aus dieser Unterscheidung eher ein Grund gegen als für jene Ansicht sich ergeben möchte, zumal wenn man mit Einigen annehmen wollte, Justinian habe vorausgesetzt, daß bei successiven Schenkungen der Zweck des Gesetzes, übereilte Schenkungen von großem Betrage zu verhüten, schon erreicht werde[40]. Wenn Marezoll aus dem Schweigen des Gesetzes über eine Schenkung an Mehrere folgert, es sei den römischen Juristen gar nicht

---

40) Puchta, Vorlesungen über das römische Recht § 60.

eingefallen zu bezweifeln, daß es bei einer Schenkung an Mehrere nicht auf den Gesammtbetrag ankomme, so ist dieses offenbar eine petitio principii; mit gleichem und wohl mit größerem Rechte ließe sich annehmen, die römischen Juristen, welche glaubten, mehrere der Zeit nach von einander getrennte Schenkungen zusammenrechnen und als eine Schenkung auffassen zu müssen, hätten um so weniger bezweifeln können, daß eine einzige Schenkung an Mehrere ihrem Gesammtbetrage nach als eine Einheit, eine große Schenkung, anzusehen sei, und es sei daher keine Veranlassung gewesen, diese Frage in dem Gesetze zu berühren.

Das Oberappellationsgericht zu Dresden will in seinen Entscheidungsgründen (Seuffert Arch. I. 342) eine „specielle Analogie" für jene Ansicht auch daraus entnehmen, daß Justinian in l. 34 § 4 C. de donat. die Insinuation für nicht erforderlich erklärt, wenn bei einer bis zum Tode des Gebers oder des Empfängers versprochenen jährlichen Rente die einmalige jährliche Rente das vorgeschriebene Maß nicht übersteigt. Die Unzulässigkeit solcher Analogie ergiebt sich klar aus der ausdrücklichen Erklärung des Gesetzgebers, daß er die Frage, ob in solchem Falle auf die einzelne jährliche Rente zu sehen oder mehrere Jahresrenten zusammen zu rechnen, mit Rücksicht auf die Ungewißheit des menschlichen Lebens so wie geschehen entschieden habe; die alleinige ratio legis ist also die, daß zur Zeit der Schenkung ein das Maß übersteigender Betrag nicht mit Gewißheit gegeben ist; wogegen ja nicht zu bezweifeln ist, daß bei der Schenkung einer jährlichen Rente die Insinuation erforderlich sei, wenn zur Zeit der Schenkung vorliegt, daß die verschiedenen Jahresrenten zusammengerechnet das Maß übersteigen[41]). Bei der Schenkung eines 500 solidi

41) Einer weiteren Erörterung über die Interpretation der l. 34 § 4 cit. bedarf es hier nicht.

übersteigenden Betrages an Mehrere ist eine solche Ungewißheit nicht vorhanden. — Wenn in den Entscheidungsgründen des genannten Oberappellationsgerichts ferner geltend gemacht wird, daß die Insinuationsvorschrift, als Ausnahme von der Regel, möglichst beschränkt aufzufassen und auf eine gleichzeitig an mehrere Personen gemachte Schenkung nicht anzuwenden sei, weil die Gesetze dieses Falles nicht speciell gedenken: so bedarf dieses hier keiner besonderen Widerlegung.

Sowohl bei Schenkungen an Einen als an Mehrere lassen sich Fälle denken, in welchen die Thatsache zweifelhaft sein könnte, ob eine einzige Schenkung oder mehrere einzelne (auf einander folgende) vorliegen. In der Wirklichkeit werden solche Fälle, welche dann eine quaestio facti hervorrufen würden, so leicht nicht eintreten; die Möglichkeit derselben kann auf die Rechtsfrage nicht von Einfluß sein.

Worte und Zweck der Insinuationsvorschrift geben keinen Anhalt, eine einheitliche Schenkung an Mehrere in Beziehung auf die Insinuationsvorschrift als eine Mehrheit einzelner Schenkungen aufzufassen; die dafür gesuchten Analogien sind nicht zutreffend; es darf aber überdies für diese Frage aus anderen gesetzlichen Bestimmungen eine klare Entscheidung entnommen werden. — Nach l. 36 § 1 C. de donat. sollen von der Insinuationsvorschrift ausgenommen sein:

> donationes rerum mobilium vel sese moventium, quas viri gloriosissimi magistri militum fortissimis praestant militibus, tam ex sua substantia, quam ex spolio hostium.

Mögen solche Schenkungen auch in einem großartigen Maße vorgekommen sein, so ist doch wohl anzunehmen, daß Justinian bei dieser Bestimmung den Gesammtbetrag vor Augen gehabt habe, und nicht einen 500 solidi übersteigenden Betrag als Theil jedes einzelnen Soldaten. Noch weniger

kann es zweifelhaft sein, wenn in l. 19 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2 Schenkungen an Kirchen, Wohlthätigkeitsanstalten verschiedener Art, so wie auch an die Armen selbst „in ipsos pauperes“, als der Insinuation bedürftig genannt werden, daß hier von der Gesammtsumme die Rede ist, daß also Justinian selbst die Gesammtsumme einer Schenkung an Mehrere als den Gegenstand bezeichnet hat, bei welchem, so weit er das Maß übersteige, die Insinuation für die Gültigkeit nothwendig sei.

II. Negotium cum donatione mixtum.

So sehr die Schenkung sich durch die Momente der unentgeltlichen Hingabe und Bereicherung von allen übrigen Erwerbsarten unterscheidet, kann sie doch mit solchen in Verbindung treten und mit denselben zugleich in einem und demselben Rechtsgeschäft abgeschlossen werden. Wenn in einem Rechtsgeschäfte beide Erwerbsarten unterschieden und aus einander gehalten werden, z. B. wenn Einer sein zu 4000 Thlr. geschätztes Haus an den Andern gegen Zahlung von 2000 Thlr. überläßt, und dabei erklärt wird, daß das Haus zur Hälfte für 2000 Thlr. verkauft sein, zur Hälfte dem Empfänger geschenkt werden solle: so hat die Sache nichts Besonderes, und es wird nicht zweifelhaft sein, daß auf das Geschäft, so weit es Kauf ist, die für den Kauf, im Uebrigen die für die Schenkung geltenden Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen. Unter negotium mixtum versteht man aber vorzugsweise eine solche Verbindung, bei welcher nach der Gestalt und äußeren Beschaffenheit des Rechtsgeschäfts entweder die Schenkung oder der onerose Erwerb als die Hauptsache oder als der eigentliche Inhalt des Vertrages sich kund giebt, der andere Theil mehr oder weniger in den Hintergrund tritt oder der Kundgebung entzogen wird. Tritt als Hauptsache die Schenkung hervor und

wird das Geschäft als solche bezeichnet: so fällt dieses unter den Gesichtspunkt der donatio sub modo, für welche in l. 18 pr. D. de donat. der Ausdruck mixtum negotium cum donatione gebraucht wird, und für welche eigenthümliche Bestimmungen gelten, namentlich Revocabilität der ganzen Schenkung wegen Nichterfüllung des modus (aus dem Gesichtspunkte der Undankbarkeit) und die dem dritten Betheiligten verliehene actio utilis. Wo bei einem gemischten Geschäft die Schenkung als das Hauptsächliche hervortritt und bezeichnet ist, wird nach der jetzt über die donatio sub modo in der Theorie und Praxis wenigstens entschieden vorherrschenden Ansicht (wie oben dargelegt worden) die Anwendbarkeit der Insinuationsvorschrift nicht bezweifelt werden.

Eine Verbindung der Schenkung mit einem anderweitigen Vertrage in der Weise, daß das ganze Rechtsgeschäft dem Namen und der gewählten äußeren Form nach als oneroses Geschäft sich darstellt, als eine Hingabe gegen eine Gegenleistung, und daß dabei das Dasein der Schenkung aus der Gestalt des vorgenommenen Rechtsgeschäft sich nicht ohne Weiteres erkennen läßt, sondern sich der äußerlichen Wahrnehmung entzieht, kann um so leichter eintreten, da die Schenkung ihrer Natur nach kein besonderes Rechtsgeschäft bildet, sondern mehr einen allgemeinen Charakter, welchen die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte in sich aufnehmen können, ja dieselbe vorhanden sein kann, ohne daß überhaupt ein Rechtsgeschäft vorläge. Sie kann geschehen in der Form einer Cession, Intercession, Expromission, Delegation, nach heutigen Verkehrsverhältnissen durch Ziehung, Annahme oder Indossirung eines Wechsels. In unseren Rechtsquellen werden als Schenkungen bezeichnet: unentgeltliche Bearbeitung eines Landguts, unentgeltlich eingeräumte Bewohnung eines Hauses, absichtlicher Verlust einer

Servitut durch non usus[41]); auch wird die bei einem Verkaufe für ein pretium verum in Schenkungsabsicht (donationis causa) getroffene Bedingung, daß der Verkäufer zur Eviction nicht verpflichtet sein solle, als eine ungültige Schenkung zwischen Ehegatten hervorgehoben[42]). Ist ein Geschäft in der Form und Gestalt eines onerosen Vertrages abgeschlossen, so kann sich die Natur eines negotium mixtum und das Dasein der Schenkung nur daraus ergeben, daß die Gabe von der einen Seite einen entschieden höheren Werth hat, als die Gegenleistung, und daß die Absicht des Gebers bestimmt auf eine Bereicherung des Empfängers durch den Werthunterschied gerichtet ist. Das anschaulichste und in unseren Rechtsquellen vielfach hervorgehobene Beispiel eines solchen negotium mixtum gewährt der Verkauf zu einem in der Absicht zu schenken herabgesetzten Preise.

Wenn es bei einem in der Gestalt des Verkaufs vorgenommenen Geschäft lediglich auf eine Schenkung abgesehen ist, bei der venditio uno nummo, oder wenn der ganze Kaufpreis im Voraus erlassen ist, dann liegt kein negotium mixtum vor, sondern ein simulirter Kauf, der als solcher keine Gültigkeit hat, während die unter dem Scheinverkauf verborgene Schenkung, welche nach neuestem römischen Recht als Consensualcontract volle Rechtswirksamkeit hat, bestehen bleibt und als reine Schenkung zu beurtheilen ist. Ein gemischtes Geschäft ist vorhanden, wenn es mit dem ganzen Kaufe ernstlich gemeint ist, und nur zugleich der Kauf dazu benutzt wird, durch den Unterschied zwischen Werth der Sache und Preis eine

41) L. 9 pr. l. 14 D. de donat. 39, 5. l. 5 § 6 de donat. int. vir. et ux. 24, 1. — Vgl. Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen B. 1. S. 93—291.

42) L. 31 § 4 D. de donat. int. vir. et ux. — Savigny, System B. 4 S. 101. — Sintenis, Civilrecht. B. 1. § 23 Note 9.

beabsichtigte Schenkung zu vermitteln und auszuführen. Wenn bei einem solchen Geschäftsabschlusse auch die Schenkungsabsicht nicht förmlich an den Tag gelegt oder ausgesprochen wird, kann man doch das Geschäft nicht als einen zum Theil simulirten Verkauf bezeichnen; es ist der ganze Kauf ernstlich gemeint, und es ist nur in demselben und durch denselben zugleich eine Schenkung zur Ausführung gebracht.

Bei der rechtlichen Beurtheilung eines solchergestalt gemischten Geschäfts sind nun, wie namentlich aus zahlreichen Aussprüchen unserer Rechtsquellen über die donatio inter virum et uxorem sich ergiebt, und wie von den Schriftstellern über römisches Recht allgemein gelehrt wird, Schenkung und oneroser Erwerb zu unterscheiden; es ist der Geldwerth der in dem Geschäft mit enthaltenen Schenkung zu ermitteln, und es ist zum Betrage desselben das Geschäft nach den Bestimmungen für Schenkungen zu beurtheilen. Nur in dem Falle, wenn eine Trennung der beiden Bestandtheile gar nicht möglich ist, (si separari non potuit)[43]) soll das ganze Geschäft, eben weil sich die Schenkung als ein Besonderes nicht ermitteln, nicht darstellen läßt, nach seinem Hauptbestandtheil und nach der Contractsform, in welcher es eingegangen ist, beurtheilt werden.

Hieraus würde nun, was die Insinuation der Schenkungen betrifft, folgen, daß auch auf ein solches negotium cum donatione mixtum, so weit es eine Schenkung enthält, die Insinuationsvorschrift Anwendung finde. Dieses wird auch von Savigny[44]) und andern Schriftstellern[45]) als Selbstverstand und unzwei-

43) L. 5 § 2 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1.
44) A. a. O. S. 103.
45) Heimbach im Rechtslexicon B. 9 S. 656.

felhaft angesehen. Desgleichen ist von den Oberappellationsgerichten zu Kiel und Lübeck[46]) das Prinzip anerkannt, daß bei einem negotium mixtum die Schenkung von dem onerosen Geschäft zu sondern sei und der Insinuationsvorschrift unterliege, wobei freilich in den beiden entschiedenen Fällen die Schenkung der vorwiegende Bestandtheil des Geschäfts gewesen zu sein scheint. In den Entscheidungsgründen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck wird ausgesprochen: „Soweit in einem Geschäft wirklich eine Schenkung enthalten ist, fehlt es an jedem Grunde, sie von der — gesetzlichen Vorschrift wegen der Insinuation auszuschließen."

Dagegen hat Schilling[47]), welcher im Allgemeinen den Grundsatz anerkannt, daß bei Vermittelung der Schenkung durch ein anderes Geschäft das Rechtsverhältniß zwischen dem Schenker und dem Empfänger nach den Regeln der Schenkung zu beurtheilen sei, mit Berufung auf l. 38 D. de contrah. emt. 18, 1. die Behauptung aufgestellt, daß auf ein solches Geschäft die Insinuationsvorschrift keine Anwendung finde. Dieser Ansicht ist in wiederholten Entscheidungen in Beziehung auf eine venditio cum donatione mixta das Oberappellationsgericht zu Rostock beigetreten. Es lag ein Fall vor, in welchem ein Lehngut, welches nach der Behauptung der Kläger zur Zeit des Verkaufs wenigstens 100,000 Thlr. werth gewesen wäre, zu dem angesetzten Preise von 58,000 (eigentlich 52,000 Thlr.) verkauft, und in dem schriftlichen Kaufcontract angedeutet ward, daß der Preis aus Dankbarkeit des Verkäufers gegen den Käufer so niedrig angesetzt sei. Das Gericht fand in einem Erkennt-

46) Seuff. Arch. VI. 38. XVIII. 136.

47) Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des röm. Privatrechts S. 788. 789. 792 Note v.

nisse vom 25. Januar 1866[48]) die Anwendung der Insinuationsvorschrift ausgeschlossen: weil die Contrahenten das ganze Geschäft als einen Kauf bezeichnet hätten, jedes Rechtsgeschäft so aufgefaßt werden müsse, wie die Betheiligten es gewollt und dieser Wille sich vorzugsweise durch die gewählte Rechtsform manifestire; ferner weil, auch wenn die Absicht einer Schenkung maßgebend gewesen sei, gerade der Rechtsfall vorliege, welchen Ulpian in l. 38 D. cit. mit den Worten entscheide „venditio valet", womit klar ausgesprochen sei, daß ein Kauf, in der Absicht geschlossen, dem Käufer einen Vermögensvortheil zuzuwenden, welcher für sich genommen unter den Begriff einer Schenkung fallen würde, doch für die juristische Betrachtung ein wahrer Kauf bleibe, ohne Rücksicht auf die eigenthümlichen Voraussetzungen, von denen zu Ulpian's Zeit nach der lex Cincia die Perfection einer Schenkung abhängig gewesen sei; weil demnach der Wille der Contrahenten, welche ungeachtet der liberalen Intentionen des Verkäufers das Geschäft als einen Kauf hätten ansehen wollen, maßgebend sei, da die Schenkungsabsicht auch unter der Rechtsform einer nudo consensu zu Stande kommenden emtio venditio sich erreichen lasse. Nach nochmaliger Verhandlung derselben Streitsache (da die Kläger durch das erste Erkenntniß nur angebrachtermaßen abgewiesen worden waren), wurde in einem Erkenntnisse vom 1. December 1870 namentlich hervorgehoben, daß nach den Worten „inter ceteros" in der l. 38 cit. der Verkauf einer Sache zu einem donandi animo niedriger gestellten Preise, wenn nicht die Schenkungsabsicht so sehr in den Vordergrund trete, daß das ganze Geschäft als donationis causa abgeschlossen sich darstelle, außer dem Falle inter virum et uxorem,

---

48) Mitgetheilt in Budde und Schmidt, Entscheidungen des OAG. zu Rostock B. 6. S. 154 u. fg.

immer die Natur eines Kaufes behalte, der als solcher keiner Insinuation bedürfe.

In einer kurz darauf, am 9. Februar 1871 entschiedenen Sache, welche den Fall betraf, daß der Inhaber einer Gasanstalt dem Kläger für seine Mühwaltung und Mitwirkung bei Errichtung der Gasanstalt ein Honorar von 10,000 Thlr. schriftlich zugesichert hatte, wird von demselben Gerichte die Anwendbarkeit der Insinuationsvorschrift auf die in einem negotium mixtum enthaltene Schenkung aufs Entschiedenste anerkannt, und in den Entscheidungsgründen ausgesprochen: wenn auch die Verheißung eines Honorars für Dienstleistungen, welche gegen Vergütung geleistet zu werden pflegen, an sich nicht unter den Begriff der Schenkung falle, so liege doch in der Natur der Sache, daß eine unter solchem Titel gemachte liberale Zuwendung rechtlich nur in so weit als eine wirkliche Vergütung gelten könne, als sie nicht den wahren Werth dieser und den Betrag, welcher nach Ueblichkeit äußersten Falles als Honorar entrichtet zu werden pflege, um ein Erhebliches übersteige; im letzteren Falle wären daher auch ältere und neuere Schriftsteller einig darüber, daß die Zuwendung, so weit sie außer Verhältniß zu der zu belohnenden Leistung stehe, nur als Schenkung betrachtet werden könne, welche der Insination unterliege[49]). — Da nicht angenommen werden kann, daß das Gericht in einer so kurzen Zeit von einer Ansicht zu der gerade entgegengesetzten übergegangen

49) Seuffert, Archiv XXV. 238. S. 354. — Nach der von Schilling a. a. O. aufgestellten Ansicht hätte auch in diesem Falle die Insinuationsvorschrift keine Anwendung finden müssen. — Gegen die Entscheidung könnte aus l. 19 § 1 D. de donat. 59, 5 (in Verbindung mit l. 5 § 2 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1) ein Zweifelsgrund entnommen werden.

ist, so darf man aus der Zusammenstellung der beiden Entscheidungen vom 1. December 1870 und 9. Februar 1871 entnehmen, daß nach der Ansicht des Gerichts bei einem negotium mixtum der auf Liberalität beruhende Unterschied des Werths der beiderseitigen Leistungen als Schenkung auszusondern und der Insinuationsvorschrift zu unterwerfen, hiervon aber mit Rücksicht auf l. 38 cit. eine Ausnahme zu machen sei, wenn das gemischte Geschäft als Kauf bezeichnet und in Gestalt eines Kaufcontracts eingegangen worden.

Die practische Wichtigkeit der durch Schilling's Ansicht und die verschiedenen gerichtlichen Entscheidungen hervorgerufenen Streitfrage liegt zu Tage. Es handelt sich dabei zunächst um die Auslegung der l. 38 D. de contrah. emt. 18, 1.

Ulpianus libro VII. Disputationum.

Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet; toties enim dicimus, in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est; quoties vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est, venditionem valere. Hoc inter ceteros, inter virum et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est.

Es möchte nicht ganz außer Acht zu lassen sein, daß diese Stelle nicht in dem Titel de donationibus, sondern in dem de contrahenda emtione sich findet, und zwar zwischen Stellen, in welchen besonders von der Feststellung des Preises die Rede ist; daß also hier gezeigt werden soll, welche Einwirkung es auf den Kaufcontract habe, wenn aus Absicht der Schenkung der Preis gänzlich fingirt, oder niedriger gestellt ist, nicht aber, welchen Erfordernissen und Beschränkungen die Schenkung unterliege.

Ist der ganze Kaufcontract donationis causa vorgenommen, also bei der venditio uno nummo oder mit gänzlicher Remission des Kaufpreises, so hat der unter dieser Form geschlossene Contract keine rechtliche Wirkung, eben weil ein Verkauf gar nicht ernstlich gewollt, rein simulirt ist. „Wenn Jemand aber donationis causa zu einem niedrigeren Preise verkauft, so ist das ganze Geschäft als Kauf aufgefaßt gültig." Ulpian findet es natürlich, daß eine bei einem ernstlich gewollten Verkaufe durch Preisherabsetzung erreichte Schenkungsabsicht den Begriff des Verkaufs nicht aufhebe, der Gültigkeit desselben nicht schade; „dubium non est, venditionem valere." Freilich liegt in dem Begriffe der emtio venditio, daß das pretium ein Ersatz des verkauften Gegenstandes sei, aber da der Betrag des pretium eben auf der beiderseitigen Vereinbarung beruht, so kann ein Mißverhältniß zwischen dem Preise und dem etwa anderweitig zu ermittelnden höheren Werthe des Gegenstandes der Gültigkeit des Geschäfts nicht hinderlich sein. Daher schadet es auch an sich dem Geschäfte nicht, wenn Jemand aus Irrthum zu theuer gekauft oder zu wohlfeil verkauft hat, selbst nicht, wenn das Mißverhältniß des Preises Einem oder Beiden nicht unbekannt geblieben ist, aber augenblickliche Verlegenheit, Vorliebe für den Gegenstand oder andere Umstände den Abschluß des Kaufhandels zu einem höheren oder niedrigeren Preise herbeigeführt haben. Ist es nun in emendo et vendendo naturaliter concessum, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et ita invicem se circumscribere: wie sollte es denn dem Kaufe schaden können, wenn der Verkäufer aus Wohlwollen gegen den Käufer, um ihm eine Bereicherung zuzuwenden, an dem Preise nachläßt, wohlfeiler verkauft, als er sonst wohl verkauft haben würde? Ist der Verkauf an sich ernstlich gemeint, haben Beide verkaufen und kaufen wollen: so bleibt

das ganze Geschäft, wenn auch nebenbei durch dasselbe eine Schenkungsabsicht erreicht wird, ein Kauf, ein vollgültiger Consensualcontract.

Dieses im Allgemeinen: „hoc inter ceteros.“ Bei einem zwischen Ehegatten donationis causa viliore pretio geschlossenen Verkaufe ist die venditio, wie Ulpian sich ausdrückt „nullius momenti.“ Da Ulpian an einer anderen Stelle, in l. 5 § 5 D. de donat. int. rer. et ux. 24, 1. unterscheidet, ob das ganze Geschäft der venditio viliore pretio zwischen den Ehegatten lediglich zu dem Zwecke vorgenommen sei, durch dasselbe eine Schenkung zur Ausführung zu bringen, oder ob die Absicht in Wahrheit auf einen Verkauf gerichtet gewesen sei und nur zugleich in der Herabsetzung des Preises eine Schenkung habe Statt finden sollen; und daß in dem letzteren Falle allerdings der Verkauf, nur nicht der zur Bereicherung dienende Erlaß im Kaufpreise gültig sei:

> Neratius autem — venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam nullius esse momenti, si modo, quum animum vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret; enimvero si, quum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior.

so wird man in l. 38 cit. die Worte nullius momenti nicht so verstehen dürfen, daß im Falle des Verkaufs viliore pretio donandi causa immer nothwendig der ganze Verkauf ungültig sein solle, sondern nur etwa in dem Sinne: „so nützt der Verkauf nichts, derselbe kommt für die verbotene Schenkung nicht in Betracht.“

Seitdem von Justinian dem bloßen Schenkungsvertrage als Consensualvertrag volle rechtliche Wirksamkeit beigelegt ist,

hat die Pandektenstelle l. 38 cit. noch immer die Bedeutung, daß ein Verkauf, bei welchem donandi animo der Preis herabgesetzt ist, dieser Vermischung ungeachtet als Kaufcontract aufgefaßt und geltend gemacht werden kann, daß also der eine Theil mit der actio emti, der andere mit der actio venditi auf Erfüllung klagen könne. Andererseits läßt sich aber auch aus dieser Stelle entnehmen, daß nichtsbestoweniger die nebenher durch den ernstlichen Verkauf vermittelte Schenkung als solche ihrer eigenthümlichen Natur nach wirksam werden könne. Nur zwei Gegensätze sind in dieser Stelle enthalten: ein Verkauf, welcher, ohne überhaupt ernstlich als solcher beabsichtigt zu sein, lediglich zur Vermittelung einer Schenkung vorgenommen ist, und ein ernstlich gemeinter Verkauf, welcher donationis causa nur viliore pretio abgeschlossen ist; ferner ein Verkauf donationis causa viliore pretio zwischen Personen, welche einander nicht schenken dürfen, und in Fällen, in welchen ein solches Hinderniß nicht entgegensteht. Mehr als diese so bestimmt hervortretenden Gegensätze darf man in die Stelle nicht hineinlegen, namentlich (abgesehen von der Frage, ob und wie fern die wenigen auf die lex Cincia sich beziehenden Stellen in den Pandekten auf die hinsichtlich ihrer Wirkung von der lex Cincia so durchaus verschiedenen neuen Insinuationsgesetze angewandt werden dürfen,) darf man nicht annehmen, daß Ulpian hier auch das durch die lex Cincia vorgeschriebene Maß vor Augen gehabt und eine dieses Maß übersteigende Schenkung habe für gültig erklären wollen, wenn sie mit einem ernstlich gemeinten Kaufe in Verbindung gebracht sei.

Wenn ein ernstlich gemeinter Verkauf im Allgemeinen deshalb nicht aufhört Verkauf zu sein, weil der durch Willensübereinstimmung festgesetzte Kaufpreis dem Werthe der Sache nicht entspricht, auch wenn die Stellung des Preises auf Libe-

ralität von der einen oder anderen Seite beruht: so folgt daraus nicht, daß nicht unter Umständen die eigenthümliche Natur der solchergestalt durch den Kauf nebenher vermittelten Schenkung wirksam werden könnte, wie solches ja gerade in Beziehung auf Ehegatten hervorgehoben wird. Daß aus einem solchen Kaufhandel im Allgemeinen der Käufer mit der actio emti klagen kann, ist nicht zweifelhaft; ebensowenig, daß der Verkäufer zur Evictionsleistung verpflichtet sei; es wird aber, wenn donandi animo der Kaufpreis herabgesetzt ist, die in dem Verkaufe zugleich enthaltene Schenkung in so weit wirksam werden müssen, daß bei einer Eviction von dem Käufer nicht das den Kaufpreis übersteigende ganze Interesse gefordert werden könnte, sondern von diesem Interesse der Betrag abgezogen werden müßte, den die in dem Verkauf enthaltene Schenkung ausmacht. Der Schenkungsvertrag, welcher bei einer venditio minoris in dem Kaufcontract enthalten ist, würde allerdings, wenn er für sich allein ohne Verbindung mit dem Kaufe abgeschlossen wäre, als pactum nudum, als bloßer Consensualcontract, zu Ulpian's Zeit keine Gültigkeit haben; es wird also hier durch seine Einfügung in den Kaufcontract die Form der Stipulation ersetzt; dieses ist aber an sich nichts Besonderes, da überhaupt ein an sich nicht klagbares pactum nudum durch Aufnahme in einen contractus bonae fidei mit dem Hauptcontract volle Wirksamkeit erlangte. Demnach läßt sich aus der l. 38 cit. nicht entnehmen, daß durch Verbindung mit dem Verkaufe ein Verbot oder sonstiges rechtliches Hinderniß der Schenkung beseitigt, oder die für große Schenkungen bei Vermeidung der Nichtigkeit vorgeschriebene Form ersetzt werde.

Freilich ist es nur die verbotene Schenkung zwischen Ehegatten, welche als die volle Gültigkeit des Kaufcontracts hindernd genannt wird: „inter ceteros" wird die Gültig-

keit anerkannt. Daß durch diese Worte die Gültigkeit des negotium mixtum als eines Kaufcontracts „im Allgemeinen" angegeben ist, berechtigt offenbar nicht zur Annahme, daß jede zwischen anderen Personen als den Ehegatten vorgenommene ungültige Schenkung durch Verbindung mit einem Kaufcontracte gültig und unanfechtbar werde; vielmehr sehen wir, daß die Ungültigkeit der Schenkung auch das ganze gemischte Geschäft ergreifen kann. Eine Schenkung mit Tradition giebt den Usucapionstitel „pro donato", welcher auch dann zur Anwendung kommt, wenn die Schenkung in einen Kauf eingekleidet war; aber ausgeschlossen ist die Usucapion, wenn der Schenkung ein rechtliches Hinderniß entgegensteht[50]). Verbotene Schenkungen an Obrigkeiten erlangen durch Verbindung mit einem Kaufgeschäfte keine Gültigkeit, machen vielmehr das ganze Geschäft ungültig, und hindern die Usucapion der zu wohlfeil verkauften Sache.

L. 8 D. de lege Julia repetundarum 48, 11.

> Quod contra legem repetundarum Proconsuli vel Praetori donatum est, non poterit usucapi. Eadem lex venditiones, locationes ejus rei causa pluris minorisve factas irritas facit, impeditque usucapionem.

Eben so wenig kann es zweifelhaft sein, daß die in einer venditio minore pretio enthaltene Schenkung für die actio Pauliana in Betracht komme[51]). Eine querela inofficiosae venditionis giebt es nicht; ein den Pflichttheilsberechtigten zum Nachtheil gereichender Verkauf, welchen der Erblasser aus anderen Gründen, sei es aus Verlegenheit oder in Verkennung des Werthes u. dergl. zu einem niedrigen Preise abgeschlossen

---

50) L. 1. l. 6. D. pro donato 41, 6.

51) L. 6 § 11. l. 7 D. quae in fraudem cred. 42, 8. — Seuffert, Archiv XI. 106. XVI. 273.

hat, kann als inofficios nicht angefochten werden; daß aber eine querela inofficiosae donationis bei einem negotium mixtum Anwendung finde, namentlich wenn donandi causa zu einem niedrigen Preise verkauft ist, scheint in der Praxis allgemein anerkannt zu sein[52]).

Zwingt uns die l. 38 cit. nicht, mit Schilling anzunehmen, daß bei jedem negotium mixtum, wenn nur nicht die Schenkung absolut verboten ist, das ganze Geschäft lediglich nach den Grundsätzen für onerose Geschäfte beurtheilt werden müsse, und daher die Insinuationsvorschrift auf solches keine Anwendung finde, oder mit dem Oberappellationsgerichte zu Rostock, daß im Allgemeinen das als oneroses Geschäft eingegangene negotium cum donatione mixtum in Bezug auf die in demselben enthaltene Schenkung der Insinuationsvorschrift unterliege, davon aber die venditio cum donatione mixta ausgenommen sei; läßt sich vielmehr wenigstens mit gleichem Rechte aus jener Stelle folgern, daß ein durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift festgestelltes Hinderniß einer gültigen Schenkung auch bei gemischten Geschäften für den Bereich der in demselben enthaltenen Schenkung wirksam werden müsse: so wird man sich nach dem Wortinhalte wie dem Zwecke der Insinuationsvorschriften für die Anwendung derselben auf negotia mixta entscheiden müssen.

Die Verbindung der Schenkung mit einem anderen Geschäft, namentlich auch in solcher Gestalt, daß die Schenkung nur als Nebenbestandtheil eines anderen Kontracts erscheint, kann gerade bei der eigenthümlichen Natur, dem vorwiegend negativen Merkmal[53]) der Schenkung den Begriff derselben

52) Arndts im Rechtslexicon B. 8 S. 170. — Seuffert Archiv. III. 356. 357. IV. 137. VII. 213. XVII. 76. — Vgl. auch XXIII. 198.

53) Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur. L. 29 D. de donat. 39. 5. — Cujus per errorem dati repetitio est, ejus

nicht aufheben, wie wir denn auch in unseren Rechtsquellen die durch einen Kauf minore pretio vermittelte Liberalität als Schenkung bezeichnet und hervorgehoben finden. Demnach muß auch eine durch einen Kaufcontract vermittelte Schenkung unter die allgemeine Insinuationsvorschrift subsumirt werden.

Daß in den Fällen, in welchen die Schenkung durch ein anderes Geschäft vermittelt und zu Stande gebracht wird, dieselbe gleichwohl nach den für Schenkungen geltenden Regeln zu beurtheilen und den ihr eigenthümlichen Beschränkungen unterworfen sei, findet Schilling[54]) aus dem Grunde nothwendig, weil sonst die besonderen Vorschriften und Einschränkungen leicht eingegangen werden könnten. Dieser Grund ist auch in Beziehung auf die Insinuation zutreffend. Wäre auf die in Gestalt eines anderen Geschäfts vorgenommene Schenkung die Insinuationsvorschrift nicht anwendbar: so ließe sich diese in den meisten Fällen durch Verbindung der Schenkung mit irgend einem onerosen Geschäft oder durch Vergrößerung des Gegenstandes der Schenkung und Ausbedingung einer entsprechenden Gegenleistung für den über die Schenkungsabsicht hinausgehenden Mehrbetrag, z. B. Verkauf von Werthpapieren unter dem Curswerthe, gar leicht umgehen. Da es namentlich Zweck der Insinuationsvorschrift ist, daß der Schenkungswille als solcher klar und offen vor Gericht dargelegt, über Gegenstand und Betrag der Schenkung eine gerichtliche Beweisurkunde errichtet werde, und da die vorgeschriebene Form durch keine andere ersetzt werden kann: so wird man in der

---

consulto dati donatio est. L. 53 D. de reg. jur. — In aedibus alienis habitare gratis donatio videtur. L. 9. D. de donat. — Meyerfeld a. a. O. § 5. 6. — Vangerow Pand. B. 1. § 121. Anm. — Savigny a. a. O. S. 71—86.

54) A. a. O. S. 792 Note u.

Vornahme einer großen Schenkung durch einen als oneros sich kundgebenden Bilateralcontract eine unzulässige Umgehung der Insinuationsgesetze finden müssen.

Die Annahme, daß eine durch Verkauf zu geringerem Preise oder überhaupt durch einen onerosen Vertrag vermittelte Schenkung lediglich nach den für onerose Verträge geltenden gesetzlichen Bestimmungen und Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen sei, würde zu Resultaten führen, welche mit der ratio juris nicht sich vereinigen lassen. Schenkung und oneroser Erwerb sind entgegengesetzte Begriffe, die sich gegenseitig ausschließen. Werden beide Erwerbsarten durch ein und dasselbe Rechtsgeschäft vermittelt, so wird man, wenn es nicht etwa darauf abgesehen ist, die Schenkung zu verbergen, in der Regel für das gemischte Geschäft den Namen derjenigen Vertragsart wählen, welcher als der überwiegende Bestandtheil hervortritt, oder man wird sich bei der Bezeichnung und der Form des Geschäfts von dem Zwecke leiten lassen, auf welchen hauptsächlich die Absicht der Betheiligten gerichtet ist. Die Benennung und die Vertragsform sind aber an sich zufällig und willkürlich, und können über die innere rechtliche Natur des Geschäfts nicht entscheiden[55]). Wenn Jemand ein Haus zum Werthe von 4000 Thlr., auf welchem eine Pfandschuld von 2000 Thlr. haftet, an einen Andern gegen Uebernahme dieser Schuld hingeben will, so kann er das Haus zur Hälfte als geschenkt, zur Hälfte als verkauft bezeichnen; oder er kann das ganze Haus verschenken mit dem modus, daß der Empfänger die Pfandschuld als eigene Schuld übernehmen und den Geber von selbiger befreien solle, oder er kann das Haus für 2000 Thlr.

55) Dem in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse vom 25. Januar 1866 enthaltenen Ausspruch, daß für die rechtliche Beurtheilung des Geschäfts die von den Contrahenten gewählte Bezeichnung wesentlich entscheidend sei, wird man nicht beitreten können.

verkaufen unter der Bestimmung, daß dieser Kaufpreis durch Uebernahme der auf dem Hause haftenden Schuld von gleichem Betrage zu berichtigen sei; jede dieser drei Veräußerungsarten stellt sich als eine natürliche und angemessene dar, und auch in dem letzten Falle würde keine Spur von Simulation zu finden sein, wenn etwa bei dem Kaufhandel ausgesprochen würde, daß der Kaufpreis aus Wohlwollen oder Dankbarkeit des Verkäufers gegen den Käufer so niedrig gestellt sei. Nun mag die von zufälligen Umständen abhängige und willkürliche Bezeichnung eines gemischten Geschäfts als Kauf oder Schenkung die Annahme rechtfertigen, daß die Theilnehmer dasselbe vorzugsweise aus dem Gesichtspuncte der einen oder der anderen Vertragsart betrachtet wissen wollen; es mag dieses auf die Frage von Einfluß sein, welche Klage auf Erfüllung gegeben sei, eine condictio ex lege, actio praescriptis verbis oder actio emti und venditi; allein die eigenthümliche Beschaffenheit des zwei einander entgegenstehende Bestandtheile umfassenden Geschäfts, als eines negotium mixtum, kann durch die willkürliche Bezeichnung nicht getilgt und aufgehoben werden. Daß sie es nicht wird, bezeugen unsere Rechtsquellen in mehrfachen Anwendungen. Das als Schenkung bezeichnete negotium mixtum der donatio sub modo nimmt zugleich die Natur eines Innominatscontracts an, und dem Schenker, welcher sonst (außer den Fällen des Widerrufs) keine Klage gegen den Empfänger haben konnte, ist die actio praescriptis verbis gegeben. Die Insinuation der donatio sub modo werden wir der Benennung „Schenkung" ungeachtet nur erfordern, wenn die reine Liberalität über 500 solidi hinausgeht, also unter Abrechnung der Gegenleistung, welche der Schenker sich durch den modus ausbedungen hat. Andererseits wird die Bezeichnung des gemischten Geschäfts als Kauf und die Eingehung desselben in Gestalt eines Kaufcontracts nicht hindern

können, daß auf die in demselben enthaltene Schenkung die für diese Erwerbsart geltenden gesetzlichen Bestimmungen, und zwar allgemein, nicht mit Ausschluß einiger, Anwendung finden. — In Fällen, in welchen der Kauf nicht nur ganz ernstlich gemeint, sondern das entschieden vorwiegende Geschäft ist, also daß es natürlich erscheint, wenn das negotium mixtum unter dem Namen und in Form eines Kaufcontracts, nicht einer modificirten donatio, eingegangen ist, kann dasselbe als Verkauf zu einem dem wahren Werthe der Sache entsprechenden Preise aufgefaßt werden, verbunden mit Erlaß eines Theiles des Kaufpreises. So wird auch in den Pandekten der Verkauf zu einem animo donandi herabgesetzten Preise als eine remissio bezeichnet.

L. 5 § 5 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1. „Si cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem — non valere. —

L. 31 § 3 ibid. — nec tandem spectandum esse, quanti mancipia sint: sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum.

Daß der Erlaß einer Schuld der Insinuationsvorschrift unterworfen sei, wird jetzt nicht mehr bezweifelt. Wird also nach einem zum vollen Preise abgeschlossenen Kaufe ein Theil des Kaufpreises erlassen, dem Käufer geschenkt, so findet auf diese Schenkung die Insinuationsvorschrift Anwendung. Ob dieser Erlaß nun später oder früher eintritt, ob er hinterher oder im Voraus oder zugleich mit Abschluß des Kaufes verabredet worden ist, wird doch keinen Unterschied machen können.

Bei gemischten Geschäften, mögen sie als Schenkung mit einer Gegenleistung oder als oneroses Geschäft mit Schenkung verbunden sich darstellen, kann die Ermittelung des die Schenkung ausmachenden Betrages Schwierigkeiten haben, namentlich

wenn der Gegenstand, welcher von einer Seite hingegeben ist, keinen Marktpreis hat. Diese Schwierigkeit ist aber keine andere, keine größere, sondern genau dieselbe, welche eintritt, wenn ein solcher Gegenstand ganz und gar geschenkt worden ist, und das Uebermaß der Schenkung ermittelt werden soll, und welche nach Justinians Vorschrift durch „quantitatem earum aestimari" gelöst werden soll[56]).

III. Schenkung ohne Vertrag.

In den gewöhnlichsten Fällen der Schenkung ist ein Vertrag zwischen dem Geber und dem Empfänger vorhanden, und ein solcher, ein wenigstens stillschweigender Vertrag, wird selbst dann anzunehmen sein, wenn ohne vorgängige oder gleichzeitige ausdrückliche Erklärung bloß durch augenblickliche Uebergabe einer Sache die Schenkung ausgeführt wird; denn der Begriff der Schenkung erfordert, daß die Absicht, den Empfänger zu bereichern, auf irgend eine Weise, wenn nicht durch Worte, so doch durch That und Umstände zum Ausdruck gelange, und die Zustimmung des Beschenkten, für welche meistens schon die Vermuthung spricht, darf als vorhanden angenommen werden, wenn er die ihm übergebene Sache empfängt und nicht zurückweist. Es kann indeß eine Schenkung durch Tradition zu Stande kommen, ohne daß sich ein Vertrag zwischen dem Geber und Empfänger annehmen läßt, wenn nämlich Jemand, ohne sich als Geber zu offenbaren, dem Anderen eine Geldsumme oder eine andere Sache zusendet, oder heimlich ins Haus bringen läßt; eine Schenkungsweise, welche in dem täglichen Leben

56) In den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse des OAG. zu Rostock vom 1. Decbr. 1870 wird angenommen, daß es für Anwendung der Insinuationsvorschrift auf eine venditio cum donatione mixta darauf ankomme, ob der Gegenstand einen bestimmten Marktpreis habe. Dem möchte die Vorschrift wegen der Aestimation entgegenstehen.



nicht gerade selten ist, welche bei Hochzeiten, Geburtstagen und anderen festlichen Veranlassungen, oder bei Unterstützung in Unglücksfällen, manchmal zur Anwendung gebracht wird. In einer solchergestalt beschafften Zuwendung sind alle Merkmale der Schenkung vorhanden; es tritt, wenn der Empfänger den in seine Detention gebrachten Gegenstand als ihm gehörig ansieht, animo domini Besitz ergreift, ein Uebergang des Eigenthums, eine der Absicht des Gebers entsprechende Vermögensverminderung und Bereicherung ein; ein Vertrag kann aber nicht angenommen werden, da zu einem Vertrage die Uebereinstimmung der inneren Absicht nicht ausreicht, sondern eine gegenseitige Willenserklärung erforderlich, hier aber dem Empfänger die Möglichkeit solcher Willenserklärung entzogen ist[57]). Außerdem sind noch manche Fälle der Schenkung ohne Vertrag zwischen dem Geber und dem Beschenkten möglich; als solche treten namentlich hervor Zahlung einer fremden Schuld und Expromission; andere Fälle werden in unseren Rechtsquellen genannt[58]).

Von Heimbach ist in dem Rechtslexicon B. 9. S. 672—675 S. 701 u. 702. die Behauptung aufgestellt worden, daß das Erforderniß der Insinuation, sowie die Widerruflichkeit wegen Undankbarkeit, nur auf Schenkungsverträge anzuwenden sei, nicht auf Schenkungen, welche zur Ausführung

---

57) Gegen die Ansicht, daß die Tradition als solche immer einen Vertrag enthalte, habe ich mich ausgesprochen in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. B. 20. S. 67. Note 24. Den römischen Juristen ist solche Auffassung fremd.

58) S. Meyerfeld a. a. O. § 6. Savigny a. a. O. § 160. — Es ist bekanntlich unter den Rechtslehrern streitig, ob die Schenkung nothwendig immer ein Vertrag, ohne Vertrag nicht möglich sei. S. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 365 Note 5. Für diejenigen, welche eine Schenkung ohne Vertrag nicht möglich finden, hat die von Heimbach aufgestellte Behauptung keine Bedeutung.

gebracht werden, ohne daß ein Vertrag zwischen dem Schenker und dem Beschenkten eingegangen wäre. Die Frage über die Widerruflichkeit solcher Schenkungen kann hier dahingestellt bleiben; auch mag zugegeben werden, daß von einem Widerruf wegen Undanks nicht die Rede würde sein können, wenn der Bereicherte von der Schenkung nichts weiß, oder nicht erfährt, wer ihm dieselbe zugewandt hat; wogegen kein Grund vorliegen möchte, den Widerruf auszuschließen, wenn der Bereicherte, wie es meistens der Fall sein wird, von der Schenkung und der Person des Schenkers Kunde erhalten und sich die Bereicherung durch Zahlung, Expromission, oder auf andere Weise, gerne hat gefallen lassen. Zwischen der Widerruflichkeit der Schenkung wegen Undanks und der Insinuationsvorschrift findet übrigens kein näherer Zusammenhang, keine Analogie statt.

Die gerichtliche Insinuation der Schenkung stellt sich nach den Worten der Gesetze nicht als eine Form dar, in welcher über das Maaß hinausgehende Schenkungsverträge zwischen dem Geber und Empfänger zu errichten sind, sondern als eine gesetzliche Bedingung für die Gültigkeit jeglicher das Maß überschreitenden Schenkung; die aus Unterlassung der Insinuation hervorgehende Nichtigkeit trifft nicht allein den Schenkungsvertrag, sondern die Schenkung überhaupt, namentlich auch die Tradition, mag selbige zur Erfüllung eines vorhergehenden Schenkungsversprechens[59]) vorgenommen, oder durch sie allein die Schenkungsabsicht ausgeführt sein.

Heimbach beruft sich auf den Zweck der Insinuation,

---

59) Wenn Savigny a. a. O. S. 216 annimmt, daß die Zahlung von 800 solidi zur Erfüllung einer über diesen Betrag ohne Insinuation eingegangenen Schenkungsobligation gültig und unwiderruflich sei, nämlich in Ansehung von 500 solidi Zahlung einer gültigen Schuld, in Ansehung der 300 Zahlung einer nichtigen Schuld, also selbst wieder eine neue der Insinuation nicht bedürftige Schenkung: so dürfte nach

und zunächst darauf, es sei durch die Oeffentlichkeit der Form der Empfänger sicher zu stellen, daß der Geber das Geschenk nicht wieder zurücknehme. So gewiß wir nun nach der für die Insinuation gewählten Form, wie nach einzelnen Ausdrücken der betreffenden älteren und neueren Gesetze, annehmen dürfen, daß durch die Insinuation ein öffentlicher Beweis, namentlich zur Sicherung des Beschenkten, erreicht werden soll: so läßt sich daraus doch keineswegs eine Beschränkung der Insinuation auf Schenkungsverträge folgern, vielmehr trifft der gedachte Zweck auch auf Schenkungen zu, welche ohne Vertrag mit dem Beschenkten, selbst ohne Wissen und Willen desselben, zur Ausführung kommen; ja es stellt sich in Fällen solcher Schenkung, weil der animus donandi nicht dem Empfänger geradezu kund gethan wird, ein öffentlicher Beweis als besonders wichtig dar. Die ohne Wissen und Willen des Schuldners von einem Dritten vorgenommene Tilgung der Schuld durch Zahlung oder Expromission ist an sich keine Schenkung, und selbst dann nicht nothwendig als Schenkung aufzufassen, wenn Wohlwollen gegen den Schuldner sich als Beweggrund kund giebt, oder aus den Umständen (Bedrängniß des Schuldners, Freundschaft, Verwandtschaft) entnehmen läßt; sie kann in der Absicht geschehen, den Schuldner aus einer gegenwärtigen Verlegenheit und von einem lästigen Gläubiger zu befreien, hinterher aber sich von dem Schuldner, wenn es diesem besser passen wird, den Betrag zahlen zu lassen; sie ist auch dann noch keine Schenkung, wenn der Zahlende oder Expromittent bei zweifelhafter Zahlungsfähigkeit des Schuldners der Gefahr des Verlustes sich aussetzt, so wenig als Verbürgung aus Freundschaft für einen solchen Schuldner eine Schenkung enthält[60]). Zahlung einer fremden Schuld

Inhalt der kaiserlichen Constitutionen die Richtigkeit dieser Behauptung, wenigstens in solcher Allgemeinheit, zu bestreiten sein.

60) L. 1 § 19 D. si quid in fraud. 38, 5.

und Expromission, in wohlwollender Gesinnung gegen den Schuldner vorgenommen, lassen es noch zweifelhaft, ob eine Schenkung oder eine bloße negotiorum gestio anzunehmen sei; und selbst, wenn im Augenblicke der Handlung ein entschiedener animus donandi derselben zu Grunde lag, kann der Geber, so lange für diese Absicht kein Beweis vorliegt, seinen Willen ändern, oder es können seine Erben den Betrag der getilgten Schuld mit der actio negotiorum gestorum contraria gegen den befreiten Schuldner geltend machen. Es ist offenbar Zweck des Gesetzes, große Schenkungen, welche hinterher zweifelhaft werden könnten, heimliche große Schenkungen zu verhindern; daher sollen solche Schenkungen gar nicht vorkommen, und wenn sie dennoch vorgenommen werden, soweit sie das Maß übersteigen, ungültig sein, im Verhältnisse zwischen dem Geber und Empfänger den Erfolg der Vermögensverminderung und Bereicherung nicht hervorbringen, wenn nicht die Zuwendung und namentlich die so leicht in Zweifel zu ziehende Schenkungsabsicht in der Form der Insinuation kund gegeben ist.

Ferner beruft Heimbach sich auf den Zweck der Insinuation, leichtsinnigen Schenkungen vorzubeugen, und hält bei Schenkungen ohne Vertrag die Insinuation für unnöthig, „weil in einem solchen Falle von einem Leichtsinne des Gebers nicht die Rede sein könne, vielmehr derjenige, welcher wissentlich eine Nichtschuld zahle oder durch Zahlung einer fremden Schuld oder Expromission den Schuldner ohne dessen Wissen, vielleicht gegen seinen Willen, befreie, nicht aus Leichtsinn handle, die Handlung mit vollem Bewußtsein einer nicht bestehenden Verpflichtung geschehe". Die völlige Unhaltbarkeit dieser Schlußfolgerung in zwiefacher Beziehung liegt zu Tage. Daraus, daß die Form der Insinuation dazu dienen soll, leichtsinnigen Schenkungen vorzubeugen, folgt ja keineswegs, daß auf Schenkungen, bei welchen

sich durch die Art der Ausführung genügende Ueberlegung offenbarte, die Insinuationsvorschrift keine Anwendung finden könne; es ist vielmehr die Insinuation die einzige und unerläßliche Form, in welcher bei großen Schenkungen der bestimmte und mit Ueberlegung gefaßte Entschluß des Gebers sich offenbaren soll. Das Bewußtsein einer nicht bestehenden Verbindlichkeit ist eine wesentliche Voraussetzung für jede Schenkung, und schließt an sich den Leichtsinn nicht aus. Es kann zugegeben werden, daß ein bloßes Schenkungsversprechen, dessen Erfüllung erst später erfolgen soll, am leichtesten unbedachtsamerweise ertheilt werden mag, daß dagegen eine Schenkung durch Uebergabe der Sache, durch Zahlung fremder Schuld und durch Expromission schon einen entschiedeneren Willen vorauszusetzen scheint; aber Zahlung einer fremden Schuld und Expromission können doch auch, wenigstens ebensogut als Hingabe einer Geldsumme an den Beschenkten, durch eine augenblickliche Aufwallung des Gefühls hervorgerufen, ohne genügende Ueberlegung vorgenommen, und hinterher bereut werden, können eine Hintansetzung der Pflicht gegen Angehörige, Notherben und Gläubiger des Schenkers enthalten.

Wenn Heimbach außerdem darzulegen sucht, daß die Anwendung der Insinuationsvorschrift auf Schenkungen ohne Schenkungsvertrag zu Schwierigkeiten, anscheinend sonderbaren Resultaten, Widersprüchen mit anderen Rechtssätzen führen würde: so treten solche Folgen in der Regel bei jeder auf willkürlicher Satzung beruhenden die Anwendung allgemeiner Grundsätze beschränkenden Gesetzesvorschrift ein, wie denn überhaupt durch jede neue Rechtssatzung ein Widerspruch mit anderen in sich unveränderten Rechtssätzen hervorgerufen wird. Solche Folgen berechtigen daher nicht, den Umfang des neuen Gesetzes zu beschränken, Ausnahmen in der Anwendung dessel-

ben zu machen. Als eine Folge der Anwendbarkeit der Insinuationsvorschrift auf Schenkungen ohne Vertrag wird von Heimbach hervorgehoben: „Es müßte das absichtliche Nichtvorbringen einer Einrede, die absichtliche Versäumniß eines zuerkannten Beweises im Processe und am Ende jeder Proceßschritt, wenn Gegenstände von größerem Werthe in Frage sind, erst gerichtlich insinuirt werden, um den Proceßgegner dagegen zu sichern, daß nicht nach rechtskräftig entschiedener Sache die im Processe versäumten und unterlassenen Rechtsbehelfe unter dem Vorwand, man habe darauf, in der Absicht zu schenken, verzichtet, wieder erneuert, und die rechtskräftigen Erkenntnisse auf indirectem Wege dadurch wieder aufgehoben werden.“ Mit einer solchen Gefahr hat es gewiß nicht viel auf sich; daß animo donandi eine Einrede, Replik, eine Beweisführung unterlassen worden, wird nicht leicht vorkommen, und selbst wo es vorkäme, schwer zu erweisen sein; ist aber wirklich und erweislich solchergestalt eine entschieden beabsichtigte Schenkung zur Ausführung gebracht; ist ein Proceß simulirt zu dem Zwecke, auf diesem Wege eine große Schenkung heimlich ins Werk zu setzen: so wird man die Anwendung der Insinuationsvorschrift nur den Worten wie dem Zwecke des Gesetzes entsprechend finden können. Ebensogut ließe sich behaupten, daß der Käufer und Verkäufer eines Landguts, zumal wenn Ersterer billig kauft, oder Letzterer einen verhältnißmäßig hohen Preis erzielt, daß Jeder, welcher über einen großen Streitgegenstand einen Vergleich abschließt, ja am Ende Jeder, dem ein großes debitum gezahlt worden, der Gefahr einer Klage wegen einer nicht insinuirten großen Schenkung ausgesetzt sei; und doch sehen wir, daß bei solchen Geschäften gar keine Cautelen in dieser Beziehung vorgenommen zu werden pflegen, aus dem natürlichen Grunde, weil bei allen Rechtsgeschäften, welche keine Schenkung enthalten, wie auch nach rechtskräftiger

Entscheidung eines im Ernste geführten Processes, die Behauptung einer beabsichtigten heimlich ausgeführten Schenkung nicht nur höchst schwierig zu substantiiren sein, sondern geradezu als eine Lächerlichkeit erscheinen würde. — Gegen die Anwendbarkeit der Insinuationsvorschrift auf eine durch Zahlung einer Nichtschuld, Zahlung fremder Schuld oder Expromission ausgeführte Schenkung beruft sich Heimbach auch noch darauf, daß die Zurückforderung einer wissentlich gezahlten Nichtschuld schlechthin ausgeschlossen sei. Allerdings ist bestimmt genug ausgesprochen, daß derjenige, welcher wissentlich eine Nichtschuld bezahlt hat, nicht mit der condictio indebiti zurückfordern könne[61]); daraus folgt ja aber in keiner Weise, daß eine Schenkung, welche durch Zahlung einer fremden Schuld oder Expromission oder unter Simulation einer in Wirklichkeit nicht vorhandenen Schuld vorgenommen wird, von den für die Schenkung besonders bestehenden Beschränkungen ausgeschlossen sei. Es heißt auch allgemein: traditionibus dominia rerum transferuntur; und doch soll bei einer großen Schenkung, so weit sie das Maß übersteigt, das Eigenthum durch Tradition nicht übergehen. — Andererseits würde gerade die Annahme, daß für Schenkungen ohne Vertrag die Insinuation nicht erforderlich sei, zu Inconsequenzen führen. Wenn Jemand seinen Freund, der durch eine große Schuld bedrängt wird, mittelst Schenkung der Summe, um welche es sich handelt, befreien will: so läßt sich dieses auf verschiedene Weise ausführen. Er bringt das Geld dem Schuldner, der selbiges dankbar annimmt und an den Gläubiger zahlt; — oder er erklärt dem Schuldner, daß er für ihn zahlen oder expromittiren wolle, und der Betrag ihm geschenkt sein solle, und er beschafft darauf die Zah-

61) L. 1 § 1. l. 24. l. 26 § 2, 3. D. de cond. indeb. 12, 6. L. 9 pr. C. eod. 4, 5.

lung oder Expromission; — oder er zahlt oder expromittirt, ohne vorher dem Schuldner etwas gesagt zu haben, und dieser erfährt später durch den Schenker oder durch Andere, daß seine Schuld donandi animo getilgt sei, spricht auch seine Dankbarkeit aus, läßt sich die Schenkung gefallen. In dem ersten Falle würde nach Heimbachs Ansicht die Insinuation erforderlich sein; in dem zweiten Falle würde es zweifelhaft sein können; in dem dritten Falle würde es keiner Insinuation bedürfen, oder man müßte annehmen, daß die Schenkung der mangelnden Insinuation ungeachtet anfangs vollgültig gewesen, hinterher aber, nachdem der Beschenkte seine Dankbarkeit ausgesprochen, die bisher vollgültige Schenkung zum Theil nichtig geworden sei. Die Merkmale der Schenkung, Zweck und Beweggrund, Aufopferung und Bereicherung sind in allen drei Fällen dieselben, die in factischer und rechtlicher Hinsicht bewirkte Veränderung ist dieselbe, Befreiung des Schuldners von der Schuld; es ist nicht wohl einzusehen, weshalb in Beziehung auf das Erforderniß der Insinuation eine Verschiedenheit eintreten sollte.

Nach römischer Rechtsanschauung können auch die Nothwendigkeit der Insinuation bei Schenkungen ohne Vertrag und die Nichtigkeit einer solchen Schenkung in Bezug auf das Uebermaß nicht als etwas so Sonderbares und Abnormes angesehen werden, daß man anzunehmen gezwungen wäre, der Gesetzgeber, welcher den Worten nach die Insinuation für alle großen Schenkungen vorgeschrieben hat, habe diese Art von der Vorschrift ausnehmen wollen, da nach klaren Aussprüchen unserer Rechtsquellen die auf solchen Umwegen und ohne Schenkungsvertrag ausgeführten Schenkungen zwischen Ehegatten von der Nichtigkeit betroffen werden[62]), auch vorliegt, daß auf

62) L. 5 § 3, 4, 12. l. 39. D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1.

eine donatio immodica dieser Art die lex Cincia ihre Wirkungen äußerte[63]).

IV. Eidlich bestärkte Schenkung.

Die Streitfrage, ob und wie weit eine durch Eid bestärkte Schenkung über das Maß hinaus auch ohne Insinuation gültig sei, mag heutigen Tages vielleicht von geringerer practischer Erheblichkeit sein. Wo, wie in Schleswig-Holstein, Hannover, der außergerichtliche Versprechungseid in Privatangelegenheiten verboten ist, kann eine Bestärkung der Rechtsgeschäfte durch Eid nicht stattfinden, und auch in Ländern, in welchen der Bestärkungseid zulässig ist, scheint derselbe weniger im Gebrauche zu sein, als ehemals. Uebrigens fällt die Frage, ob eine eidlich bestärkte Schenkung der Insinuation bedürfe, im Wesentlichen mit der allgemeineren Streitfrage über die Wirksamkeit des promissorischen Eides zusammen. Marezoll hat daher in seiner Abhandlung über die Insinuation der Schenkungen[64]) diese Frage nur kurz berührt, und sich auf die Bemerkung beschränkt, daß die Frage, ob eine beschworene Schenkung der Insinuation entbehren könne, nicht verneint werden dürfe, wenn man der Ansicht beitrete, nach welcher jedes an sich sonst ungültige Rechtsgeschäft durch den Bestärkungseid Gültigkeit erlange.

Von dem Grundsatze, daß ein sonst ungültiges Geschäft durch hinzutretenden promissorischen Eid nicht gültig gemacht werden werden könne[65]), kommen schon im römischen Rechte

---

Si uxor vel maritus exceptione quadam donationis causa summoveri voluerint, facta a judice absolutione valebit quidem sententia, sed condicetur ei, cui donatum est. L. 5 § 7 ibid.

63) L. 21 D. de donat. 39. 5.

64) A. a. O. S. 28. 29.

65) L. 7 § 16 D. de pact. 2, 14. l. 5 § 1 C. de legib. 1, 14.

Ausnahmen vor[66]), welche aber lediglich als solche aufzufassen sein würden. Dagegen hat sich auf Grund der Entscheidung Friedrichs I., auth. Sacramento puberum C. si adv. vend. 2, 28, und der Aussprüche des kanonischen Rechts namentlich in c. 28 X. de jurejurando 2, 24 und l. 2 C. de pactis in sexto, 1, 18 die Ansicht gebildet, daß jedes sonst ungültige Rechtsgeschäft durch den Bestärkungseid Gültigkeit erlange, sofern das Geschäft nicht unbedingt verboten oder den Rechten Dritter widersprechend sei. Gegen diese früher in der Doctrin und Praxis entschieden herrschende Ansicht haben sich in neuerer Zeit viele Stimmen erhoben, und es ist die Behauptung aufgestellt worden, daß die Unwirksamkeit des Bestärkungseides bei einem an sich ungültigen Rechtsgeschäft als Regel festzuhalten, und von dieser Regel nur bei Willenserklärungen mündiger Minderjähriger und bei Zustimmung einer Ehefrau zur Veräußerung ihres unbeweglichen Dotalvermögens eine Ausnahme zu machen sei. Ob und wie weit in einzelnen Ländern diese Ansicht auf die Praxis eingewirkt habe, muß dahin gestellt bleiben: die wenigen Entscheidungen über den Bestärkungseid, welche sich in Seufferts Archiv[67]) finden, und nur die Eide Unmündiger und eidliche Verzichte der Frauen betreffen, scheinen dafür zu sprechen, daß diese Ansicht nicht ohne Einfluß auf die Praxis geblieben ist, jedenfalls daß in anderen Fällen der Bestärkungseid wenig in Gebrauch sein wird.

Nach dieser letzteren Ansicht würde offenbar auch die eidlich bestärkte Schenkung, soweit sie 500 solidi übersteigt, der Insinuation bedürfen, ohne selbige ungültig sein.

---

66) L. 7 pr. § 1 D. de op. lib. 38, 1. l. 1 C. si adv. vend. 2, 28. S. Savigny, System B. 7. S. 50 u. fg.

67) II. 261. III. 53. XI. 209. XIII. 13. 249.

Von einer ausführlicheren Prüfung der sich entgegenstehenden Ansichten darf hier abgesehen, und über dieselben nur Folgendes bemerkt werden.

Von dem Standpunkte der Zweckmäßigkeit aus, und selbst abgesehen davon, daß nach der älteren Ansicht eine große Menge von Zweifelsfragen über die Anwendung in einzelnen Fällen hervorgerufen worden ist, möchte man geneigt sein, der neueren Ansicht beizutreten. Wenn ein sonst ungültiges Geschäft durch eidliche Bestärkung rechtliche Gültigkeit erlangen kann: so ist die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften über Erfordernisse und Form der Rechtsgeschäfte in die Willkür der Handelnden gestellt, es wird dadurch zu leichtsinnigen Eiden, zu einer den klaren Worten der heiligen Schrift widersprechenden mißbräuchlichen Anrufung des göttlichen Namens Veranlassung gegeben. Allein von diesem Standpuncte aus müßte man jeden außergerichtlichen promissorischen Eid in Privatangelegenheiten für unzuläßig und unwirksam erklären[68]). Man hat sich auch darauf berufen, daß die auf Vorschriften des kanonischen Rechts beruhende Ansicht von der Wirksamkeit promissorischer Eide für die Protestanten keine Geltung haben könne; es läßt sich aber in dieser Beziehung ein bestimmter Gegensatz zwischen der protestantischen und der katholischen Kirche nicht nachweisen; die augsburgische Confession spricht nur aus, „daß Christen mögen a u f e r l e g t e Eide thun"; womit aber ein Ausschluß freiwilliger außergerichtlicher Eide als ein Glaubenssatz nicht gegeben ist; auch kann die Verbindlichkeit eines

68) Dieses geschieht in der vortrefflichen schleswig-holsteinischen Verordnung, wegen Einschränkung des überflüssigen Gebrauchs der Eide vom 11. Decbr. 1758, unter Berufung darauf, daß „die in den kanonischen Rechten dem Eide bei bürgerlichen Geschäften und Handlungen beigelegte Wirkung einer neuen Verbindlichkeit manchen Mißbrauch nach sich gezogen hat, und an sich auf verworfenen Grundsätzen beruht."

überhaupt zulässigen promissorischen Eides nach protestantischen Grundsätzen keine geringere sein, als bei den Katholiken, und es ist daher auch von protestantischen Lehrern des Kirchenrechts jene ältere Ansicht unbedenklich festgehalten worden[69]). Die Behauptung, daß in der Lehre vom Eide das kanonische Recht dem römischen nicht vorgehe, ist eine offenbar willkürliche, dem gegebenen Verhältnisse beider Rechtsbücher zu einander widersprechende. Die Frage, auf welche es allein ankommt, soweit nicht in einzelnen Ländern durch den Gerichtsgebrauch die eine oder andere Ansicht die Kraft eines Gewohnheitsrechts erlangt hat, kann nur dahin gestellt werden, ob in den Aussprüchen des kanonischen Rechts eine Ausnahme von der Regel oder ein allgemeines Prinzip zu finden sei.

So schwierig diese Frage erscheinen mag, und so groß die Zahl der Schriftsteller[70]) ist, welche sich für das Erstere erklären: so dürfte doch die ältere Ansicht, die Annahme eines allgemeinen Grundsatzes, von der Gültigkeit der durch Eid bestätigten Rechtsgeschäfte, welche unter den Neueren namentlich von Thibaut[71]) und Vangerow[72]) vertheidigt wird, den Vorzug verdienen. Die Gründe, auf welche in den Aussprüchen des kanonischen Rechts Bezug genommen wird, „ne tali tamen praetextu viam contingat perjuriis aperiri" und „cum

69) J. H. Böhmer, jus eccl. protest. lib. II. tit. XXIV. § 34—39. G. L. Böhmer, princ. juris can. § 333—335.

70) Es mögen hier nur genannt werden: J. F. Malblanc, doctrina de jurejurando § 116. Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit. § 119—123. — Wiese, Handbuch des Kirchenrechts. B. 2. § 167. — Glück, Commentar B. 4 § 341. Mühlenbruch, in Glücks Commentar B. 38 S. 191. — Sintenis, Civilrecht B. 2 § 99. — Windscheid, Lehrb. B. 1. § 83a.

71) Logische Auslegung. § 16 S. 61. — S. auch Braun, Erörterungen § 115.

72) Pandekten B. 1 § 170 Anm.

non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum", lassen die Voraussetzung eines allgemeinen Prinzips nicht verkennen. Mögen wir es immer für richtiger und dem Christenthum (Matth. 5, 33—36) entsprechender halten, wenn die geistliche Gesetzgebung die promissorischen Eide gänzlich untersagt hätte: so ist dieses nun einmal nicht geschehen. Blieb aber die Verbindlichkeit promissorischer Eide, wie sie gegeben und im Rechte anerkannt war, bestehen; konnte einem Rechtsgeschäft durch den Eid eine mit civilrechtlicher Wirksamkeit verbundene Bestärkung verliehen, durch den Eid eine Verbindlichkeit erzeugt werden, wo sie ohne denselben nicht vorhanden gewesen wäre: so muß man eine allgemeine Anwendung solcher Wirksamkeit im Geiste der kirchlichen Gesetzgebung und nach ihrem Grundsatze, daß das Weltliche dem Geistlichen unterzuordnen, als richtig und consequent anerkennen. Daß in einzelnen Fällen der Eid eine rechtliche Verbindlichkeit erzeugen, dagegen in anderen Fällen es von der Willkür und der Gewissenhaftigkeit des Schwörenden abhängig sein solle, ob er seinem Eide treu bleiben oder einen Eidesbruch begehen wolle, hat die kirchliche Gesetzgebung ganz gewiß nicht verordnen wollen; und wir dürfen daher in jenen Stellen des kanonischen Rechts nicht eine ausnahmsweise für zwei Fälle festgestellte Wirksamkeit des Eides, sondern nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes erblicken.

Daß nach dieser Ansicht eidlich bestärkte Schenkungen zu ihrer Gültigkeit keiner Insinuation bedürfen, wird kaum in Zweifel gezogen werden können, und ist auch von der Mehrzahl der älteren Schriftsteller, welche diesen Gegenstand berühren, anerkannt worden. Schenkungen, ob groß oder klein, sind an sich erlaubte Handlungen, sind auch über 500 solidi hinaus nicht verboten, sondern nur von einer leicht zu erbringenden Form abhängig gemacht, einer Form, welche wie andere

durch den Bestärkungseid ersetzt werden kann[73]). Dennoch ist dieses von einigen Schriftstellern, welche die allgemeine Wirksamkeit des promissorischen Eides anerkennen, und namentlich auch von Thibaut[74]) bestritten worden, und zwar aus dem Grunde, weil die Insinuation das Interesse dritter Personen sichern solle. Mag man nun auch zugeben, daß bei Anordnung der Insinuation und der Ungültigkeit heimlicher großer Schenkungen das Interesse dritter Personen mit ins Auge gefaßt sein kann: so sind doch Schenkungen in der Regel und an sich dem Rechte dritter Personen nicht zuwiderlaufend. Bei der eidlich bestärkten Schenkung kann der Schenker nicht das Gegebene zurück verlangen oder die Erfüllung seines Versprechens verweigern, ohne mit seinem Eide in Widerspruch zu treten, und dieses eben soll er nach den Vorschriften des kanonischen Rechts nicht dürfen. So weit aber dritte Personen durch die Schenkung verletzt werden, ist der Eid nicht von Wirksamkeit: so weit eine Schenkung inofficios ist, oder zum Nachtheil der Gläubiger vorgenommen, wird sie durch den Eid nicht gültig, die Anfechtung nicht ausgeschlossen, und der Schenker selbst würde das eidlich bestärkte Geschäft anfechten können.

Die eidlich bestärkte große Schenkung wird auch von den Erben und sonstigen Rechtsnachfolgern, also den Concursläubigern (sofern sie nicht in fraudem creditorum geschehen ist), nicht angefochten werden können. Die Verbindlichkeit des Bestärkungseides für die Erben ist freilich vielfach bestritten worden. „Juramentum est personale, stringit duntaxat conscientiam jurantis, nec quoad reatum perjurii ad here-

73) „quia non adest absoluta juris prohibitio, et integrum est donatori donationem non revocare." J. H. Böhmer l. c. § 31.

74) System des Pandektenrechts § 903.

des extendi potest.“ Aber der Bestärkungseid hat civilrechtliche Wirkung, gewährt Klagen und Einreden, bewirkt eine Rechtsverbindlichkeit und Verlust der Rechte. Die Rechtsnachfolger des Schwörenden als solche können Rechte, welche dem Erblasser nicht zustanden, nicht geltend machen, seine Handlungen, so weit er selbst durch selbige rechtlich gebunden war, nicht anfechten[75]).

V. Ueber Wirkung der Insinuationsvorschrift in Beziehung auf dritte bei der Schenkung betheiligte Personen.

Die Nichtigkeit einer nicht insinuirten Schenkung, soweit sie das Maß übersteigt, zwischen dem Schenker und dem Beschenkten ist in den Gesetzen klar ausgesprochen; bestritten ist aber die Frage, wie weit die Folge der Nichtigkeit reicht, wenn in das zur Ausführung der Schenkung vorgenommene Geschäft eine dritte Person mitverflochten wird. Dieses tritt schon ein, wenn Jemand zum Behuf der Schenkung eine fremde Schuld bezahlt, ferner durch Cession, Expromission, Delegation[76]).

Die Frage, ob die lex Cincia auch auf die zur Ausführung einer Schenkung mit dritten Personen abgeschlossenen Geschäfte anzuwenden sei, scheint nach älterem römischen Recht streitig gewesen zu sein[77]); nach den diese Frage betreffenden Pandektenstellen soll jedoch bei einer durch Expromission oder Delegation ausgeführten Schenkung die aus der lex Cincia entspringende Exception dem Schenker gegen die betheiligten dritten Personen nicht zustehen.

75) J. H. Böhmer l. c. § 39.

76) Die Fälle solcher Schenkungen sind ausführlich hervorgehoben von Meyerfeld a. a. O. § 15 u. 16.

77) Fragmenta Vaticana § 266. — Savigny a. a. O. S. 597.

L. 5 § 5 D. de doli exceptione. 44, 4.

Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit.

L. 21 D. de donationibus. 39, 5.

Ut mihi donaris, creditori meo delegante me promisisti; factum valet, ille enim suum recepit. Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi, an summo veris donationis exceptione, necne, tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus; sin autem pecuniam a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem.

Dagegen wird in den Pandekten die Nichtigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten auf die zur Ausführung der Schenkung mit Zwischenpersonen abgeschlossenen Geschäfte ausgedehnt. Daß die Nichtigkeit auch die Rechtsgeschäfte mit solchen Personen treffe, wird allgemein ausgesprochen in l. 5 § 2 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1.

„Generaliter tenendum est, quod inter ipsos, aut qui ad eas pertinent, aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere“.

überdies durch Anwendung auf einzelne Fälle anerkannt in l. 5 § 3. 4. l. 39. l. 56. ib.[78]).

Die Streitfrage, ob bei versäumter Insinuation in Beziehung auf dritte Personen, die in den beiden oben angezogenen auf die lex Cincia sich beziehenden Pandektenstellen oder die für die Schenkung zwischen Ehegatten geltende Regel zur Anwendung zu bringen, ist hauptsächlich von Savigny[79]) hervorgerufen: welcher die Ansicht aufstellt, daß die aus versäumter Insinuation hervorgehende Nichtigkeit auch die Rechtsgeschäfte mit dritten Personen treffen müsse, weil die Folge der unterlassenen Insinuation eine ganz andere sei, als die durch die lex Cincia gegen übermäßige Schenkungen gegebene Exception, und weil im Justinianischen Recht die versäumte Insinuation auf „völlig gleiche Linie" mit der verbotenen Schenkung zwischen Ehegatten gestellt werde. Dieser Ansicht ist namentlich auch Sintenis[80]) beigetreten, aus dem Grunde, „weil sonst eine Inconsequenz im Rechte bestände, indem bei gleicher Ursache (Nichtigkeit) verschiedene Wirkungen entständen." Dagegen haben andere Schriftsteller, namentlich Schilling[81]), Heimbach[82]), Windscheid[83]), sich für die Anwendbarkeit der in den beiden Pandektenstellen enthaltenen Grundsätze über die mit dritten Personen zum Behuf einer übermäßigen Schenkung eingegangenen Rechtsgeschäfte auch auf den Fall der unterlassenen Insinuation ausgesprochen.

Ueber diese Streitfrage enthält Seuffert Archiv (XXI. 235) nur eine einzige oberstrichterliche Entscheidung. Durch

78) Savigny a. a. O. S. 588—598.
79) A. a. O. S. 600.
80) Civilrecht B. 1. § 23 Note 66.
81) A. a. O. S. 360 Note gg.
82) A. a. O. S. 704.
83) A. a. O. § 367 Note 8.

ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu München vom 12. Februar 1867 ist im Widerspruche mit den Erkenntnissen beider Vorinstanzen entschieden, daß bei einer zum Behuf einer großen Schenkung vorgenommenen Expromission der Expromittent dem auf den ganzen Betrag der übernommenen Schuld klagenden Gläubiger eine auf Mangel der Insinuation gestützte Einrede nicht entgegensetzen könne, „weil zum Wesen der Schenkung Bereicherung gehöre, der Gläubiger aber durch die Expromission nicht bereichert werde, sondern nur erhalte, was ihm schon ohnedies gebühre; dem Gläubiger gegenüber daher eine gerichtliche Insinuation unnöthig gewesen sei." Wenn auch in diesen so kurz gefaßten Entscheidungsgründen ein näheres Eingehen auf die von Savigny für seine Ansicht aufgestellten Argumente nicht enthalten ist, so bietet das Erkenntniß doch den Fall einer oberstrichterlichen Verwerfung dieser Ansicht dar: denn daß bei dieser Entscheidung Savignys Argumente erwogen und geprüft worden, kann um so weniger bezweifelt werden, als die beiden Vorinstanzen in ihren Entscheidungen sich jener Ansicht angeschlossen hatten.

Zur Begründung seiner Ansicht wird von Savigny[84]) im Wesentlichen Folgendes hervorgehoben: „Bei der Frage nach der Wirkung der versäumten Insinuation habe allerdings dem Gesetzgeber der Gedanke nahe liegen müssen, sich an das ältere für die lex Cincia ausgebildete Recht anzuschließen. Dieses sei aber nicht geschehen, und daß es nicht geschehen sei, dürfe nicht als ein gedankenloser Zufall angesehen werden. Was von jeher bei der Schenkung zwischen Ehegatten gegolten habe, Nichtigkeit, sei auch als Wirkung der versäumten Insinuation angeordnet. Daher sei hinsichtlich aller von Justinian unbestimmt gelassenen Fragen dasjenige anzuwenden, was bei

84) A. a. O. S. 217—221. 599. 600.

völlig gleichem Grundsatze für die Schenkung in der Ehe mit so großer Sorgfalt von den alten Juristen ausgebildet sei. Dieses gelte namentlich von den Rechtsmitteln, und müsse gleichfalls von dem Einflusse der Nichtigkeit auf die Rechtsgeschäfte mit dritten Personen gelten. Es komme bei dieser allerdings zweifelhaften Frage darauf an, ob höherer Werth zu legen sei auf das, was aus der Consequenz der Gesetzgebung folge oder vielmehr auf die Rettung der Anwendbarkeit der beiden (oben angeführten) Digestenstellen."

Allerdings sind die Aussprüche unserer Rechtsquellen über die donatio inter virum et uxorem, wie für die Lehre von den Schenkungen überhaupt, so auch für die Frage über Anwendung der Insinuationsvorschrift von Wichtigkeit, wenn es sich darum handelt, den Begriff der Schenkung nach Inhalt und Umfang festzustellen, für die Frage, ob eine Zuwendung als Schenkung anzusehen sei. Dagegen wird sich die Anwendung der in den Pandekten enthaltenen Regel über Nichtigkeit der zum Behuf einer Schenkung zwischen Ehegatten mit dritten Personen abgeschlossenen Geschäfte auf den Mangel der Insinuation großer Schenkungen nicht rechtfertigen lassen.

Zunächst kann nicht zugegeben werden, wie Savigny (a. a. O. S. 228) annimmt, daß Justinian die Wirkungen der versäumten Insinuation außer dem Falle eines eintretenden condominium unbestimmt gelassen habe, und daß deshalb nöthig sei, das Gesetz durch Anwendung der bei einer donatio inter virum et uxorem eintretenden Folgen, insbesondere hinsichtlich der Rechtsmittel, zu ergänzen; vielmehr darf man behaupten, daß die Wirkungen der unterlassenen Insinuation mit genügender Bestimmtheit angegeben sind, für die weiteren Folgen und insbesondere für die Rechtsmittel eine Anwendung der anderweitig gegebenen allgemeinen römisch-rechtlichen Grundsätze genügt, und es daher einer Ergänzung durch Aufnahme

speciell für die Schenkung zwischen Ehegatten gegebenen Normen nicht bedarf. Bei unterlassener Insinuation gelten nur 500 solidi oder deren Werth als Gegenstand der Schenkung, weiter hinaus ist das Schenkungsversprechen ohne alle rechtliche Wirksamkeit, auf mehr kann aus demselben nicht geklagt werden; weiter als zu einem diesem Betrage entsprechenden Theil geht im Falle der Tradition das Eigenthum nicht über. Die diesen Betrag übersteigende Bereicherung ist ein Haben ohne Grund, und eine condictio auf Rückerstattung dieser überschießenden Bereicherung ergiebt sich aus den über die Klage wegen unrechtmäßiger Bereicherung in unseren Rechtsquellen aufgestellten allgemeinen Grundsätzen: die Anwendbarkeit der condictio sine causa ist gegeben, ohne daß es nöthig wäre, solche Klage aus einer Analogie der Bestimmungen für die Schenkung zwischen Ehegatten abzuleiten. Dabei kann man übrigens sich immerhin auf l. 5 § ult. l. 6 D. de donat. int. vir. et ux. berufen, weil in diesen Stellen allgemein gesagt wird, daß bei ungültigen Schenkungen überhaupt eine Vindication oder ein condictio sine causa oder ex injusta causa stattfinde. Ist eine Species geschenkt, also daß eine communio eintritt, so sind mit dieser alle Folgen der Rechtsgemeinschaft und des Miteigenthums gegeben, und für die Theilung kommen die von Justinian aufgestellten besonderen Rechtsgrundsätze zur Anwendung. Es ist also kein Grund vorhanden für die Voraussetzung, daß Justinian in seinen Gesetzen über die Insinuation stillschweigend auf die Grundsätze über die Folgen einer donatio inter virum et uxorem verwiesen habe. Zu einer Ausdehnung der für die Schenkung an sich, die Bereicherung des Empfängers, ausgesprochenen Nichtigkeit auf die mit dritten Personen eingegangenen Geschäfte giebt die Insinuationsvorschrift keine Veranlassung; eine solche Ausdehnung ist um so weniger zulässig,

weil eben die Insinuationsvorschrift selbst eine beschränkende ist.

Freilich tritt bei Schenkungen zwischen Ehegatten und bei unterlassener Insinuation großer Schenkungen Nichtigkeit ein, dennoch kann man nicht unterlassene Insinuation und Schenkungen zwischen Ehegatten als „in gleiche Linie gestellt“ bezeichnen, die Folge der Nichtigkeit stellt sich in dem einen und dem anderen Falle als eine verschiedene dar. Die Nichtigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten ist eine zeitweilige, sie hört auf, und die Schenkung lebt als eine gültige wieder auf, wenn der Geber in der Ehe stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben; wogegen die wegen Mangel der Insinuation eintretende Nichtigkeit unheilbar bleibt. Die Nichtigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten beruht darauf, daß die Schenkung eine gesetzlich verbotene ist, eine Bereicherung des einen Ehegatten auf Kosten des anderen während bestehender Ehe überhaupt nicht stattfinden darf; die Nichtigkeit ist eine totale, ergreift das ganze Geschäft der Schenkung. Dagegen ist die donatio inter ceteros seit dem Wegfalle der lex Cincia und nach Justinians Verordnungen ein im weitesten Umfange erlaubtes Geschäft, von allen früheren Beschränkungen und beschwerenden Formen befreit, und nur, so weit sie ein gewisses Maß überschreitet, an eine einfache Form der Oeffentlichkeit gebunden, deren Mangel aber keineswegs Nichtigkeit des ganzen Geschäfts herbeiführt; die Nichtigkeit trifft nur den Ueberschuß, bleibt immer eine partielle; und zwar soll es so angesehen werden, als wenn der Geber nur 500 solidi geschenkt habe, nicht mehr habe schenken wollen. Es soll demnach die Schenkung zwischen Ehegatten als eine bis zum Tode des Gebers nach Willkür widerrufliche donatio mortis causa angesehen werden[85]); die nicht insinuirte über-

85) Savigny a. a. O. S. 181.

mäßige Schenkung bleibt ein gültiges Geschäft, ist dem Widerrufe nicht ausgesetzt, aber es tritt die Fiction ein, daß der Ueberschuß über 500 solidi nicht mitverstanden sei: „reliquam vero quantitatem in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adjecto, sed hoc pro non scripto vel intellecto esse credatur." Die Richtigkeit, das non valere, ist somit in beiden Fällen nicht gleichartig, beruht auf verschiedenem Grunde, ist von verschiedenem Umfange, erzeugt ganz verschiedenartige Fictionen; es fehlt auch in dieser Beziehung an genügender Voraussetzung einer Analogie.

Die Ungültigkeit der zur Ausführung einer Schenkung zwischen Ehegatten mit dritten Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte stellt sich ferner nicht als eine eigentlich logische Consequenz, sondern als eine Maßregel der Zweckmäßigkeit dar. Das Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten, welches erst entstehen konnte, nachdem die freie Ehe mit getrennten Güterverhältnissen Eingang gefunden hatte, soll zuerst nicht durch besondere Gesetzgebung festgestellt worden sein, sondern wird als ein moribus receptum bezeichnet, es wird aber ausdrücklich hervorgehoben, daß das Verbot auf Gründen der Zweckmäßigkeit beruhe, daß durch dasselbe der Befriedigung habsüchtiger Absichten in der Ehe, der Ausplünderung des besseren Ehegatten durch den schlechtern, vorgebeugt werden solle, und man darf annehmen, daß durch dieses Verbot namentlich dem Mißbrauche der freien Scheidung habe entgegengewirkt werden sollen[86]). Derselbe Zweckmäßigkeitsgrund, auf welchem das Verbot der Schenkung beruhte, konnte auch dahin führen, die Richtigkeit auf die mit dritten Personen zum Zweck solcher Schenkungen abgeschlossenen, sonst an sich erlaubten Geschäfte auszudehnen. Die Ungültigkeit dieser Geschäfte ist

86) Francke, im Arch. für civil. Praxis. B. 18. S. 3.

demnach eine Singularität, ein **propter utilitatem introductum**, daher auf Schenkungen zwischen anderen Personen nicht auszudehnen. Freilich ist auch die bei Mangel der Insinuation großer Schenkungen theilweise eintretende Nichtigkeit aus Gründen der Zweckmäßigkeit angeordnet, aber nicht zu dem Zwecke ernstlich gewollte große Schenkungen zu *verhindern*, sondern vielmehr, dieselben *sicher zu stellen*. Bei dem *allgemeinen* Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten liegt in Fällen der Expromission oder ähnlicher Geschäfte zwischen diesen Personen immer der Verdacht nahe, daß es auf eine Schenkung, also auf ein unerlaubtes Geschäft, abgesehen sei; und der Dritte, mit welchem gehandelt wird, kann sich zur Vorsicht aufgefordert finden; wogegen bei anderen Personen für einen Gläubiger, welcher bei einer Expromission dem ursprünglichen Schuldner seine Verbindlichkeit erläßt, oder für einen Schuldner, welcher sich einem neuen Gläubiger delegiren läßt, kein Grund vorhanden ist, das zwischen den anderen beiden Personen in Beziehung auf die Expromission oder Delegation bestehende Rechtsverhältniß zu überwachen, namentlich dafür zu sorgen, daß dieselben bei dem zwischen ihnen geschlossenen, ihn nicht näher angehenden Rechtsgeschäft die nöthigen Formen und sonstigen Erfordernisse beachten. Selbst wenn der Dritte wissen oder muthmaßen könnte, daß es sich um Ausführung einer großen Schenkung handle, dürfte er doch wohl dem Geber und Empfänger derselben es überlassen, die zur Verhütung einer sonst theilweise möglichen Anfechtung des Bereicherungsgeschäfts erforderliche Form wahrzunehmen; und er braucht, da die große Schenkung an sich erlaubt ist, und auch nach vorgängiger Ausführung durch eine einfache Erklärung vor Gericht ihrem ganzen Umfange nach sicher gestellt werden kann, nicht zu fürchten, daß er einem **moribus ma-**

jorum für unsittlich anzusehenden Geschäfte durch seine Vermittelung Vorschub geleistet habe.

Bei dieser wesentlichen Verschiedenheit, da in dem einen Falle wegen eines inneren Grundes, wegen Unsittlichkeit eine totale, in dem anderen Falle lediglich der äußeren Form wegen eine partielle Nichtigkeit eintritt, erfordert die Consequenz der Gesetzgebung keineswegs, daß die für den ersteren Fall vorgeschriebene Nichtigkeit der zur Ausführung der Schenkung mit dritten Personen eingegangenen Geschäfte auch in dem anderen Falle zur Anwendung komme; und es handelt sich, wenn man die von Savigny vertheidigte Ansicht verwirft, nicht darum, auf Kosten solcher Consequenz die Anwendbarkeit zweier Digestenstellen, welche sonst bedeutungslos sein würden, und, wie Savigny meint, „besser nicht aufgenommen worden wären", der oben angezogenen l. 5 § 5 D. de doli exceptione und l. 21 pr. § 1 D. de donat., zu retten. Auch ohne diese Stellen würden wir zu demselben Resultate gelangen müssen, und nicht berechtigt sein, die Nichtigkeit, welche lediglich für die über das Maß hinausgehende Bereicherung des Beschenkten angeordnet ist, auf Geschäfte mit dritten Personen, welche nicht bereichert sind, und zum Nachtheil dieser Personen auszudehnen. Nun sind aber diese Stellen in die Pandekten aufgenommen, nachdem die lex Cincia längst ihre Bedeutung verloren, und Justinian schon das noch geltende Hauptgesetz über die Insinuation vom Jahre 529 erlassen hatte; sie enthalten eine Anwendung des Grundsatzes, daß Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts zwischen zwei Personen nicht an sich auch die von Einem derselben zur Erfüllung der ungültigen Verbindlichkeit mit dritten Personen eingegangenen Geschäfte treffe, sie enthalten eine Anwendung dieses Grundsatzes auf Schenkungen, welche das Maß übersteigen; sie schließen die Ausdehnung der Ungültigkeit auf diese

vermittelnden Geschäfte aus dem Grunde aus, weil der Dritte nicht bereichert worden ist, nur suum petit, suum recepit, und es kann bei diesem auch auf die Folgen der Insinuation zutreffenden Gründe wohl nicht bedenklich sein, anzunehmen, (was ja im Zweifel immer angenommen werden muß,) daß die in den Titel de donationibus aufgenommene l. 21 cit. als eine noch für die Schenkung geltende Norm angesehen, und nicht aus Versehen aufgenommen worden sei, mithin auch diese Sätze und die Aussprüche suum petit, suum recepit auf das seit der Insinuationsvorschrift geltende neue Recht Anwendung finden müssen.

Wäre indeß die Frage zweifelhaft, so würde in Ermangelung anderer Lösung die Regel zur Anwendung kommen: In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justum est, quam tutius. So hat Justinian selbst die Streitfrage, ob nach einander folgende Schenkungen zusammen zu rechnen, mit den Worten entschieden: nobis causa placuit humanior, ut et multae intelligantur et omnes validae. Die Annahme, daß die Nichtigkeit nicht auf die Geschäfte mit dritten Personen auszudehnen, ist offenbar benignior, humanior, der Billigkeit entsprechend.

Schließlich mag noch kurz hervorgehoben werden, wie sich das Verhältniß gestalte, wenn bei mangelnder Insinuation eine dritte Person in die zur Ausführung der übermäßigen Schenkung vorgenommenen Geschäfte mit verflochten ist.

Wird die Schenkung durch eine Cession ausgeführt, so wird letztere dem debitor cessus gegenüber ihrem ganzen Umfange nach wirksam, wenn freilich die durch selbige bewirkte Bereicherung des Cessionars nur bis 500 solidi gültig ist. Obgleich selbst das römische Recht für die Cession den Standpunct der Bestellung eines procurator in rem suam nicht

festgehalten hat, und man heutigen Tages geneigt ist, in der Cession eine Singularsuccession in die Forderung zu erblicken: so liegt doch immer noch in der Cession ein Mandat, eine Ermächtigung zur Geltendmachung der dem Cedenten ursprünglich zustehenden Forderung. Hat der Schuldner an den Cessionar den vollen Betrag gezahlt, oder diesem gegenüber auf andere Weise die Schuld getilgt: so kann der Cedent von dem Ersteren eine Erstattung des Ueberschusses über 500 solidi nicht verlangen; wogegen, wenn noch keine Tilgung der Schuld erfolgt ist, eine Kundgebung von Seiten des Cedenten an den debitor cessus, daß die Cession über den Belauf von 500 solidi wegen mangelnder Insinuation ungültig sei, und ein Widerspruch gegen Zahlung des Ueberschusses den debitor cessus zur Zurückhaltung des überschießenden Betrages würde berechtigen und verpflichten können, in ähnlicher Weise wie ein Schuldner durch den ihm kund gemachten Widerruf eines Mandats gehindert wird, mit Erfolg an den Mandatar zu zahlen.

Wenn der Schenker seinen Schuldner delegirt, und Letzterer sich gegen den Delegator zur Zahlung verpflichtet (expromittirt) hat: so ist diese Delegation im Verhältnisse des Delegaten zu dem Deleganten und dem Delegatar ihrem ganzen Umfange nach wirksam. Ein Widerruf des dem Delegaten ertheilten Auftrags zur Zahlung kann nicht ausreichen, weil der Delegat sich dem Delegatar zur Zahlung verbindlich gemacht hat, und dadurch die Novation zum Abschlusse gekommen ist; allein es wird, so lange der Delegat nicht gezahlt hat, wegen des das Schenkungsmaß übersteigenden Betrages nach l. 11 § 1 D. de donat. 39, 5. dem Deleganten eine Restitution oder actio rescissoria zu gewähren sein.

In den beiden Fällen der Cession und Delegation steht



dem Schenker gegen den Beschenkten, wenn der debitor cessus oder der delegatus gezahlt, oder die Schuld auf andere Weise (durch Compensation, Novation) getilgt hat, ein condictio auf die das Maß übersteigende Bereicherung zu; es müßte ihm aber auch die actio mandati zustehen, weil der Auftrag an den Beschenkten, die Forderung des Schenkers einzuziehen, nur bis zum Betrage von 500 solidi als Schenkung gilt, die Einforderung des Ueberschusses mithin als ein für den Schenker ausgeführtes Mandat wirksam bleiben muß.

Durch eine von dem Schenker dem Gläubiger des Beschenkten geleistete Zahlung, wie durch Expromission, wird die Schuld des Beschenkten getilgt, und dem Schenker kann wegen des Uebermaßes gegen den Gläubiger, welcher suum recepit, keinen Anspruch haben; gegen den befreiten Schuldner wird ihm aber außer der condictio eine actio mandati oder negotiorum gestorum contraria auf den Ueberschuß zustehen, je nachdem die Zahlung oder Expromission auf Verlangen und nach Auftrag des Schuldners selbst, oder ohne dessen Vorwissen geschehen ist. Freilich wird für die actio neg. gest. contraria als Voraussetzung genannt, daß man recipiendi animo, quasi recepturus, nicht donandi animo gehandelt habe[87]); allein es soll bei der großen Schenkung so angesehen werden, es soll die Fiction eintreten, als wenn man nur 500 solidi habe schenken wollen; es liegt mithin für den Ueberschuß in der Zahlung und Expromission eine Geschäftsführung im Interesse des Schuldners, es ist durch die gesetzliche Bestimmung das Bewußtsein einer Führung fremder Geschäfte gegeben; es muß daher eine Klage aus der Geschäftsführung

87) L. 14 § 7 D. de religiosis. 11, 7. L. 11. 12. 13. 15 C. de negot. gest. 2, 19. L. 10 § 2 D. de in rem verso. 15, 3.

zum Betrage der übersteigenden Bereicherung stattfinden können, auch wenn der Handelnde im Augenblicke der Zahlung oder Expromission nicht die Absicht hatte, nicht daran dachte, den von ihm befreiten Schuldner sich verbindlich zu machen [88]).

88) Arg. l. 5 § 1 l. 6 pr. § 3. 5. 6. l. 45 § 2 D. de negot. gest. 3, 5.

Schluß in dem nächsten Hefte.

VI. Schenkung eines annuum. L. 34. § 4. C. de donationibus. Schenkung und Erlaß einer ewigen Rente.

Nachdem Justinian in l. 34 § 3 C. de donationibus die Streitfrage entschieden hat, ob mehrere zu verschiedenen Zeiten gemachte Schenkungen zusammenzurechnen, geht er in § 4 zu einer zweiten Streitfrage über, nämlich zu der Frage, ob bei einer Schenkung, welche jährlich wiederkehrende Leistungen zum Gegenstande hat, für das Erforderniß der Insinuation nur die einzelne jährliche Leistung in Betracht kommen, oder eine Zusammenrechnung der mehreren Jahresleistungen Statt finden solle.

> Si quis autem talem receperit donationem, in qua stipulatus fuerit annuam quandam sibi praestari quantitatem tantae summae, quae non excedit legitimum donationis modum, variabatur, utrum eum ex particulari donatione multas fecisse donationes existimandum est, et eas actis non indigere, an ex totius stipulationis fundamento et fonte ejus, ex quo annuae donationes profluxerunt, et unam esse eam donationem putandum et procul dubio monumentorum observatione vallandam; quod veteres quidem sat abundeque variaverunt. Nos autem certa divisione concludimus, ut, si hujusmodi quidem fuerit donatio, ut intra vitam

personarum stetur vel dantis vel accipientis, multae intelligantur donationes et liberae a monumentorum observatione. Incertus enim fortunae exitus hoc nobis suggessit, ut possibile sit, unius anni tantummodo vel brevioris vel etiam amplioris temporis metas supervivere vel donatorem, vel eum, qui donationem accepit, et ex hoc inveniri, totam summam donationis non excedere legitimam quantitatem. Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio, vel adjiciatur tempus vitae vel donatoris vel qui donationem accipiet, tunc, quasi perpetuata donatione et continuatione ejus magnam et opulentiorem eam efficiente, et una intelligatur et quasi densioribus donationibus cumulata excedere legitimum modum, et omnimodo acta reposcere et aliter minime convalescere.

So klar nun der erste Ausspruch Justinians ist, daß bei einer auf die Lebensdauer des Gebers oder Empfängers beschränkten Schenkung einer jährlichen in ihren einzelnen Raten das Maß nicht übersteigenden Summe es der Insinuation nicht bedürfe[89]), um so schwieriger ist die Auslegung des nachfolgenden Satzes und insbesondere haben die Worte „vel adjiciatur tempus — — accipiet" den Auslegern Mühe gemacht.

Bekanntlich hat Cujacius durch eine Conjecturalcritik

89) Eine verschiedene Auslegung dieser Bestimmung hat meines Wissens unter den Schriftstellern nicht stattgefunden, und scheint kaum möglich zu sein. Das OAG. zu Dresden hat jedoch in einem Erkenntnisse vom 15. Decbr. 1863 (Seuff. Arch. XVIII. 40) die l. 34 § 4 auch in diesem Puncte als unklar und verschieden ausgelegt bezeichnet, und „aus überwiegenden Gründen" eine Auslegung vorgenommen.

und Emendation des Textes zu helfen gesucht, indem er nach dem ersten „vel“ ein „non“ einfügen oder „vel“ mit „nec“ vertauschen, also lesen will „vel non (nec) adjiciatur“. Diese Emendation hat vielfache Beistimmung gefunden; Heimbach[90]) behauptet, daß die gewöhnliche Lesart nicht zu retten sei, und daß die von Cujacius vorgeschlagene Emendation die „allein richtige und ursprüngliche Lesart enthalte!“ Savigny will nach einer Handschrift des Codex lesen „vel adjiciatur tempus vitae heredum vel donatoris vel etc.“ Daß die Emendation durch Einschieben eines non oder Verwandlung des vel in nec eine gewaltsame und gewagte, für Anwendung des Gesetzes unzulässige sei, möchte sofort einleuchten. Beiden Emendationen stehen die stärksten Gründe entgegen: die Uebereinstimmung der Handschriften, die Uebereinstimmung der Basiliken mit dem gewöhnlichen Text und der Umstand, daß weder durch die eine noch durch die andere Emendation ein befriedigender Gedanke gewonnen wird.

Sämmtliche Ausleger gehen davon aus, daß mit den Worten „Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit ratio“ die Schenkung einer ewigen jährlichen Rente bezeichnet sei. Marezoll, welcher die von Cujacius vorgeschlagene Emendation der Worte „vel adjiciatur“ entschieden verwirft, und an dem gewöhnlichen Texte festhält, giebt folgende Auslegung: „War die Schenkung gemacht ohne Erwähnung der Erben, allein auf eine bestimmte genannte Reihe von Lebensjahren des Schenkers oder Beschenkten, so werden die Leistungen der bestimmten Jahre zusammengerechnet, und wenn ihr Betrag 300 solidi übersteigt, so ist Insinuation nothwendig.“ Aus der Emendation durch non oder nec soll sich sich folgender Sinn ergeben:

90) A. a. O. S. 700 Note 288.

„Ist der beiderseitigen Erben (ausdrücklich) erwähnt, oder (ohne solche Erwähnung) nur die Lebenszeit des Schenkers oder Beschenkten nicht hinzugefügt, (worin eine stillschweigende Erstreckung der Rente auf alle Erben und in Ewigkeit gefunden werden muß,) so ist immer Insinuation erforderlich." Savigny will bei seiner Emendation unter tempus vitae heredum die Lebensdauer der nächsten Erben verstehen, und die Schenkung einer bis auf den Tod der nächsten Erben fortdauernde Rente voraussetzen, und er nimmt an, daß die Schenkung, wenn die Rente mit dem Tode der nächsten Erben aufhören soll, wegen der unbestimmten Verlängerung einer ewigen Schenkung gleich zu achten sei, daher immer die Insinuation erfordere.

Von allen Auslegern war bisher das Wort vitae als Genitiv, tempus vitae als Lebenszeit oder Lebensdauer aufgefaßt worden. Dagegen hat Briegleb[91]) eine neue Interpretation des gewöhnlichen Textes gegeben, nach welcher das Wort „vitae" als Dativ aufzufassen ist, und sich der Gedanke ergiebt „oder wenn der Lebenszeit (vitae) des Schenkers oder Beschenkten noch eine Zeit beigefügt ist." Briegleb will nun weiter die ganze Stelle so erklären, daß die Insinuation immer erfordert werde, wenn die jährliche Leistung eine bestimmte, auch noch so kurze Zeit nach dem Tode des Schenkers fortdauern solle. Also wenn Jemand auf seine Lebenszeit und noch ein Jahr nach seinem Tode eine jährliche Leistung von 10 Thaler zusagt, so sollte ein solches Schenkungsversprechen der Schenkung einer ewigen Rente gleich zu achten sein, und nothwendig der Insinuation bedürfen! — ein Resultat, welches Windscheid als unerträglich bezeichnet.

---

91) Archiv für civ. Praxis. B. 38 S. 142 u. fg.

Es wird aber gewiß Jeder Windscheid auch darin beistimmen müssen, wenn derselbe ferner erklärt, daß von allen bisherigen Versuchen, den Worten „vel adjiciatur“ einen erträglichen Sinn abzugewinnen, keiner auf allgemeine Anerkennung werde rechnen dürfen[92]).

Alle Ausleger haben angenommen, daß bei der Schenkung einer ewigen Rente die Insinuation erforderlich sei, wie klein auch der Betrag jeder jährlichen Leistung sein möge; nach Savigny soll eine auf die Lebenszeit der nächsten Erben, nach Briegleb eine auf kürzere oder längere Zeit nach dem Tode des Schenkers oder Beschenkten zugesicherte jährliche Leistung einer ewigen Rente gleich geachtet werden. Es kommt dabei aber noch eine zweite erhebliche Frage in Betracht, welche meistens von den Schriftstellern gar nicht berührt wird, nämlich: welche Wirkung tritt ein, wenn bei Schenkung einer ewigen Rente die Insinuation nicht vorgenommen ist; bleibt die Schenkung bis zum Belaufe von 500 solidi gültig oder ist die ganze Schenkung ungültig? Die Glosse nimmt die Gültigkeit der Schenkung bis zu dem genannten Betrage an; Savigny[93]) bezeichnet es als sich von selbst verstehend, „daß die Ungültigkeit erst behauptet werden kann, wenn die wirklich geleisteten Zahlungen bereits 500 solidi betragen.“ Dagegen hat die Juristenfacultät zu Jena in einem Erkenntnisse vom 5. Juli 1855[94]) mit Berufung auf die

92) Statt eines weiteren Eingehens auf die verschiedenen Auslegungen darf hier verwiesen werden auf Marezoll a. a. O. S. 21 u. flg. Savigny a. a. O. S. 214 Note r. Schilling a. a. O. § 360 Note p. Heimbach a. a. O. S. 700 Note 288. Sintenis, pract. gem. Civilrecht B. 1 § 23 Note 48. Briegleb a. a. O. Windscheid a. a. O. Note 6.

93) A. a. O. S. 213. Note p.

94) Seuffert Arch. XI. 241.

Schlußworte des § 4 entschieden, daß die nicht insinuirte Schenkung einer ewigen Rente von Anfang an überhaupt ihrem ganzen Betrage nach, also nicht bloß über 500 solidi hinaus, ungültig sei, und demgemäß den ohne Insinuation vorgenommenen Erlaß einer etwa 6 solidi betragenden jährlichen Zehntrente „zu ewigen Zeiten" für gänzlich ungültig erklärt. Abgesehen von der Frage, ob der Erlaß einer Grundrente unter den Begriff der Schenkung einer ewigen Rente falle, wie man sie in l. 34 § 4 cit. finden will[95]), darf man wohl diese Entscheidung als mit den Worten und dem Geiste der Insinuationsgesetze völlig unverträglich bezeichnen. In l. 34 pr. wird zunächst für die ganze Insinuationsvorschrift der allgemeine Grundsatz hingestellt: „reliquam quantitatem in suo robore perdurare"; die in § 1 bis 4 enthaltenen Bestimmungen, durch welche der Gesetzgeber nur die Anwendung und Ausführung der zuerst aufgestellten Grundsätze für einzelne Fälle erläutert, und einige Zweifelsfragen entscheidet, müssen in Uebereinstimmung mit jenem allgemeinen Grundsatze aufgefaßt und erklärt werden. Dazu kommt, daß in dem nächstfolgenden Gesetze, l. 35 § 1—3, in welchem gerade von der Schenkung immerwährender periodischer Nutzungen die Rede ist, ausdrücklich gesagt wird: „ita ut in his — — secundum nostram legem non totum, sed solum superfluum evanescat", und die nochmalige Einschärfung in l. 36 § 3: „Ceteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae, sine aliqua distinctione usque ad quingentos solidos valituris". Dieser Grundsatz, daß jede große Schenkung ohne Insinuation bis zum Betrage

95) Vgl. Seuffert Arch. VIII. 131. 285.

von 500 solidi gültig ist, leidet keine Beschränkung, keine Ausnahme.

Bei der bisherigen allgemeinen Annahme, daß in l. 34 § 4 von einer ewigen Rente die Rede sei, würde demnach die Schenkung einer jährlichen Rente von 5 solidi hundert Jahre gültig bleiben, dann aber hinfällig werden. Dieses ließe sich allenfalls noch ertragen, aber ein höchst sonderbares Resultat würde es jedenfalls sein, wenn der Erlaß einer Rente gleichen Betrags hundert Jahre lang gültig bleiben, nach Ablauf dieser Zeit aber das schenkungsweise aufgegebene Erbzinsrecht wieder aufleben sollte, und man möchte wohl fragen, ob eine solche Folge in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben könne.

Die Auslegung der l. 34 § 4 cit. ist mithin, wie namentlich aus oberstrichterlichen Erkenntnissen unserer Zeit (s. oben Note 94, 95) hervorgeht, von großer praktischer Wichtigkeit; der Freund des Rechts, namentlich der Richter, darf sich bei den bisherigen ein befriedigendes Resultat nicht gewährenden Versuchen keineswegs beruhigen; es muß eine andere Deutung tung gesucht werden.

Was nun zunächst die Worte: vel adjiciatur tempus vitae vel donatoris" betrifft, deren Bedeutung den Auslegern so viel zu schaffen gemacht hat, so scheint mir die Annahme Brieglebs, daß „vitae" als Dativ aufzufassen sei, nicht nur jeder anderen Auslegung vorzuziehen, sondern sprachlich und nach dem ganzen Gedankengange als die einzig mögliche anzuerkennen zu sein. Freilich ist nicht zu bestreiten, daß tempus vitae wie spatium vitae in dem Sinne von „Lebenszeit, Lebensdauer" gebraucht werden könne, und die Stellung der Worte „adjiciatur tempus vitae" mögen auf den ersten Blick Veranlassung geben, vitae als Genitiv aufzufassen. Andererseits liegt durchaus kein Hinderniß vor, in dem Worte vitae den Dativ zu finden. Der Ausdruck tempus vitae in

dem Sinne von „Lebensdauer" ist jedenfalls den Römern nicht ein so gewöhnlicher und gangbarer gewesen, wie uns das Wort „Lebenszeit"; in unseren Rechtsquellen ist dieser Ausdruck wohl nirgends zu finden, wo von einer nur auf Lebenszeit dauernden durch den Tod begrenzten Berechtigung oder Verbindlichkeit die Rede ist, vielmehr kommen in dieser Beziehung andere Ausdrücke vor, wie „quoad vivat, dum vivunt." Erwägt man ferner, daß Justinian selbst in der vorliegenden Stelle die Lebensdauer zuerst durch vita schlechthin (intra vitam) bezeichnet hat, und es nun in dem darauf folgenden Gegensatze heißt „sin autem adjiciatur tempus vitae donatoris": so liegt es um so näher, hier „vitae" wiederum in dem Sinne von Lebensdauer und als Dativ aufzufassen, als dadurch zugleich dem Worte adjiciatur ein Gegenstand, auf welches sich dasselbe bezieht, gegeben wird, während man sonst für dieses letztere Wort ein anderes Nomen im Dativ (stipulationi, donationi, promissis?) hinzudenken, oder auch annehmen müßte, daß adjiciatur nachlässigerweise für exprimatur, nominetur, oder dergl. gebraucht sei. Schon deshalb dürfte der Auffassung des Worts vitae als Dativ entschieden der Vorzug zu geben sein. Diese Auffassung wird aber nothwendig, und stellt sich als die allein zulässige Auslegung dar, weil, wenn vitae als Genitiv aufgefaßt wird, die Worte sin autem etc. eigentlich unverständlich sind, und namentlich als Gegensatz zu dem „inter vitam stetur" keinen bestimmten Gedanken ergeben; weil ferner bei solcher Auffassung der ganze Schlußsatz des § 4 dunkel wird, und einen Widerspruch enthalten würde, welchen man durch unzulässige Textemendationen zu entfernen versucht hat; wogegen, wenn vitae als Dativ verstanden wird, jene Worte einen klaren Gedanken und einen bestimmten Gegensatz zu dem „inter vitam stetur" enthalten. Man darf annehmen, daß zu Ju-

stinians Zeit den Juristen, welchen tempus vitae in dem Sinne von Lebenszeit, Lebensdauer, jedenfalls kein gebräuchlicher Ausdruck gewesen ist, nach dem ganzen Zusammenhange der Stelle das Wort vitae in Verbindung mit adjiciatur ohne alle Schwierigkeit als Dativ verständlich gewesen sei.

Während die Worte „si adjiciatur etc." die Ausleger vielfach beschäftigt haben, ist man über die vorhergehenden Worte „Sin autem heredum ex utraque parte fuerit mentio" leicht hinweggegangen; man hat in diesen die Bezeichnung einer „ewigen Rente" (!) gefunden, und angenommen, daß in dem § 4 nur zwischen einer Rente auf Lebenszeit und auf ewig unterschieden werde, eine Annahme, welche mir als eine vorgefaßte, nach dem Inhalte und Zusammenhange der ganzen Stelle völlig unberechtigte erscheint. Einen Zweifel gegen diese Auslegung könnte man schon daraus entnehmen, daß der Gesetzgeber dann die Aufgabe, welche er im Eingang des § 4 sich gestellt hat, die Controverse zu entscheiden, ob bei der Schenkung eines annuum der Jahresbetrag oder die Summe sämmtlicher Jahresquoten für das Erforderniß der Insinuation den Ausschlag gebe, nicht erfüllt, die Frage, wie es bei einem auf bestimmte Jahre geschenkten annuum zu verhalten sei, nicht entschieden, vielmehr uns überlassen hätte, diese Frage durch ein aus der Bestimmung für die Schenkung auf Lebenszeit entnommenes argumentum a contrario oder durch analoge Anwendung der Bestimmung über Schenkung einer ewigen Rente zu lösen. Während ferner die Schenkung eines zinstragenden Capitals oder eines Frucht tragenden Grundstücks bis zum Belaufe oder Werthe von 500 solidi der Insinuation nicht bedarf, sollte die Schenkung einer immerwährenden Rente, welche etwa einen Capitalwerth von 50 solidi ausmachen würde, (also auch die Schenkung eines ohne Bezeichnung des Capitalbetrags bloß

auf eine unablösliche jährliche Rente lautenden Werthpapiers,) ohne Rücksicht auf den geringen Betrag der Rente und des Capitalwerthes immer der Insinuation bedürfen, und zwar, wie man zur Motivirung dieser vermeintlichen Anordnung annimmt, weil die jährliche Rente doch einmal, sei es nach mehr als hundert Jahren, den Betrag von 500 solidi würde ausfüllen müssen! Es würde dieses offenbar eine starke, höchst auffallende Inconsequenz sein, welche man der Gesetzgebung Justinians nicht zutrauen darf.

Aus den Worten und dem ganzen Zusammenhange des § 4 läßt sich aber in der That nicht entnehmen, daß Justinian die Schenkung einer „ewigen Rente" vor Augen gehabt, und für solche das Erforderniß der Insinuation näher habe bestimmen wollen. Freilich sind unter Erben auch die Erbeserben mitverstanden, aber die Erwähnung eines Ueberganges auf die Erben setzt noch keine Ewigkeit des Rechtsverhältnisses voraus; die Worte: „Sin autem heredum ex utraque parte fuerit mentio" deuten noch keine Fortdauer der Schenkung eines annuum zu ewigen Zeiten an. Allerdings war den Römern eine ewige Rente, wenn auch nicht in so vielfacher Gestalt, wie uns aus dem Mittelalter her, in dem ager vectigalis und der Emphyteuse bekannt. Allein die ewige Rente, welche man in jenen Worten hat finden wollen, würde nicht eine an den Besitz und die Benutzung eines Grundstücks geknüpfte, mit einem Realrecht verbundene sein, sondern nach den Worten im Eingang des § 4 „in qua stipulatus fuerit" eine durch bloßes Schenkungsversprechen (Stipulation) gegründete für die beiderseitigen Erben (ex utraque parte) in alle Ewigkeit fortgehende persönliche Verbindlichkeit einer jährlichen Zahlung. Ein solches Schenkungsversprechen vollständig ausgedruckt, würde lauten: „ich schenke für mich und meine Erben dir und deinen Erben

eine ewige jährliche Rente, dergestalt, daß nach unserem beiderseitigen Tode meine Erben und Erbeserben an deine sämmtlichen Erben und Erbeserben, von Geschlecht zu Geschlecht, so lange die Welt steht, diese Rente jährlich entrichten sollen." Eine Schenkung dieses Inhalts ist gewiß weder bei den Römern noch sonst jemals vorgekommen; ein Mensch, welcher seines Verstandes mächtig ist, wird einen Vertrag, zumal einen Schenkungsvertrag, solcher Art niemals eingehen, einen Vertrag, welcher hinsichtlich seiner Erfüllung schon nach den ersten Menschenaltern zu den größten Verwirrungen und Schwierigkeiten führen müßte, und für welchen, namentlich als Schenkung, sich kein vernünftiger Beweggrund auch nur denken läßt. Man darf nicht voraussetzen, daß es dem practischen Gesetzgeber Justinian habe einfallen können, für einen so ungeheuerlichen freilich an sich denkbaren, aber in der Wirklichkeit wohl niemals vorkommenden Schenkungsvertrag eine Norm zu erlassen; wollte man ihm aber solches zutrauen, so darf man sicher annehmen, daß er eine Monstruosität dieses Inhalts nicht mit den wenigen Worten „si heredum fuerit mentio" hervorgehoben haben würde, da es doch nicht seine Weise ist, Worte zu sparen und es an starken Ausdrücken fehlen zu lassen, wo etwas ganz Besonderes und Abnormes bezeichnet werden soll; er würde gewiß nicht unterlassen haben, die ewige Fortdauer der jährlichen Leistung für die Vielheit aller Erben und Erbeserben durch entsprechende Kraftworte hervorzuheben. Ueberhaupt giebt aber die ganze Fassung des § 4 eigentlich gar keine Veranlassung, den Gedanken einer ewigen Rente zu finden. Es ist die Rede von einer Schenkung in qua stipulatus fuerit annuam quandam sibi praestari quantitatem; es wird gefragt, ob die auf längere Zeit vertheilte (particularis) Schenkung als eine einzige oder als eine Mehrheit successiver Schenkungen (multae donationes)

in Beziehung auf das Erforderniß der Insinuation aufzufassen sei; und es wird dabei unterschieden, ob die jährliche Leistung nur auf Lebenszeit der Betheiligten zugesichert, oder dabei der heredum ex utraque parte Erwähnung geschehen sei; aus allen diesen Ausdrücken ist der Gedanke der Ewigkeit nicht zu entnehmen, und eben so wenig aus den folgenden Worten, namentlich nicht aus dem Ausdrucke „perpetuata", welcher wohl eine zusammenhängende, ununterbrochene, nicht aber eine unendliche Fortdauer bezeichnet. — Zieht man dabei noch in Betracht, daß in den römischen Rechtsquellen, wenn von einer Verpflichtung zu einem annuum die Rede ist, wenigstens durchgehends nicht eine in alle Ewigkeit fortdauernde Leistung, sondern eine nur zeitlich dauernde mit einem gewiß eintretenden, wenn auch vielleicht hinsichtlich der Zeit des Eintritts unbestimmten Endpunkte, vorausgesetzt wird, z. B. l. 22 D. de pact. dot. 23,4. l. 15 pr. l. 28 § 6. l. 33. D. de donat. int. vir. et ux. 24,1. l. 7 § 8 D. soluto matrim. 24,3. l. 6 D. de cess. bon. 42, 3: so ist die Annahme gerechtfertigt, daß Justinian bei seiner Entscheidung an eine für ewige Zeiten schenkungsweise eingegangene Verbindlichkeit zur Zahlung einer jährlichen Rente gar nicht gedacht habe.

Dieses wird durch den Zusammenhang des § 4 in seinen einzelnen Theilen und mit dem vorhergehenden § bestätigt. Im § 3 hat Justinian die Zweifelsfrage, ob in Beziehung auf das Erforderniß der Insinuation mehrere auf einander folgende durch besondere Acte vorgenommene Schenkungen zusammenzurechnen wären, zu Gunsten der Aufrechthaltung des Geschäfts und zur Sicherheit des Empfängers entschieden. Darauf geht er in § 4 zu einer der vorigen ähnlichen, auch bisher zweifelhaften Frage über, wie es zu verhalten sei, wenn Jemand in einem Acte sich zu einer Mehrheit jährli-

cher Schenkungsleistungen verbindlich gemacht habe, welche in jeder einzelnen Jahresleistung unter dem Maße zurückbleiben, aber zusammengerechnet dasselbe überschreiten; und hier entscheidet er nun zunächst den Fall einer auf Lebenszeit des Gebers oder Empfängers vorgenommenen Schenkung, weil mit Rücksicht auf die Ungewißheit des menschlichen Lebens in dem Augenblick des Schenkungsactes eine Ueberschreitung des Maßes nicht bestimmt vorliege, wiederum zu Gunsten des Geschäfts und des Beschenkten. Den natürlichen Gegensatz bildet die Schenkung eines annuum auf eine bestimmte Anzahl Jahre, eine Schenkung, bei welcher die Verbindlichkeit und die Berechtigung auf die beiderseitigen Erben übergehen soll; hier sollen die sämmtlichen Jahresleistungen, welche eine bestimmte Summe ergeben, zusammengerechnet werden. Wenn Justinian sich dabei der Worte bedient „omnimodo acta reposcere et aliter minime convalescere, so versteht sich nach dem allgemeinen Grundsatze „reliquam quantitatem in suo robore perdurare“ von selbst, daß die Nichtigkeit nur den Ueberschuß über das gesetzliche Maß treffe.

Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß bei Voraussetzung einer auf bestimmte Jahre vorgenommenen Schenkung eines annuum die Worte „sin autem heredum ab utraque parte fuerit mentio“ überflüssig oder unpassend sein würden, weil der Uebergang auf die Erben nach l. 13 C. de contr. et comm. stip. 8, 38 sich von selbst verstehe. Freilich, wenn Jemand eine bestimmte Summe schenkt, und sich nur vorbehält, diese zu seiner Bequemlichkeit in bestimmten Raten abzutragen: so wird das Recht und die Verbindlichkeit auf die beiderseitigen Erben übergehen; die schenkungsweise ertheilte Zusage eines annuum, auch auf bestimmte Jahre, wird aber in der Regel wenigstens als ein pactum in personam aufzufassen sein. Man darf in dieser Beziehung auf die Analogie der für die Legate

in l. 12 § 4. l. 20 D. quando dies legati cedat 36, 2 aufgestellten Grundsätze verweisen, wie denn wohl nicht zu bezweifeln ist, daß bei der Entscheidung über Annahme mehrerer getrennter Schenkungen im Falle eines auf die Lebenszeit des Empfängers beschränkten annuum dem Gesetzgeber die Analogie der Legate (l. 4. 11 D. de annuis legatis 33, 1) vorgeschwebt hat [96]). Die durch reine Schenkung zugesicherte Darreichung einer gewissen jährlichen Gabe stellt sich meistens als Unterstützung, als einen Beitrag zum Lebensunterhalt gewährende Wohlthätigkeit dar, und wer sich schenkungsweise zu einer solchen Leistung auch auf bestimmte Jahre verpflichtet, denkt nicht daran, hat nicht die Absicht, nach dem Tode des Beschenkten dessen Erben dieselbe Wohlthat zuzuwenden; es ist nach der Natur der Schenkung, welche eine besondere Geneigtheit für die Person des Beschenkten voraussetzt, in der Zusicherung eines annuum auf bestimmte Jahre nicht weniger, als in dem legatum annuum, die stillschweigende Bedingung enthalten, wenn der Beschenkte so lange leben werde; videri enim hanc inesse conditionem si vivat, et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire. Gleichfalls ist vorauszusetzen, daß eine aus reiner Freigebigkeit übernommene Verbindlichkeit zur Leistung einer annua quantitas nach der Absicht des Schenkers nicht auf seine Erben übergehen soll; dieses läßt sich auch aus der Bestimmung in l. 27. 32. D. de donat. 39, 5 entnehmen, nach welcher die Einräumung einer freien Wohnung als Schenkung die Erben des Schenkers nicht bindet. Es sind mir übrigens mehrere Fälle bekannt, in welchen man einem Anderen das Schenkungsversprechen ertheilt hat, ihm auf eine Anzahl Jahre jährlich eine bestimmte Summe zu entrichten; es ist in solchen Fällen immer als eine stillschweigende

96) Heimbach a. a. O. S. 699. Note 287.

Bedingung vorausgesetzt worden, daß die Verbindlichkeit sich auf die Lebenszeit des Gebers und des Empfängers beschränke.

In richtiger Würdigung der bei der Schenkung eines annuum vorauszusetzenden Absicht und der in selbiger enthaltenen stillschweigenden Beschränkung auf die beiderseitige Lebenszeit hat der Gesetzgeber sich der Worte bedient „Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio“, und durch selbige im Gegensatze zu der vorhergehenden Bestimmung den Gedanken ausgedrückt, „wenn auf eine gewisse Anzahl Jahre mit Erwähnung der beiderseitigen Erben eine jährliche Leistung schenkungsweise stipulirt worden ist.“ Damit ist zugleich der Sinn der nachfolgenden Worte „vel adjiciatur tempus vitae donatoris etc.“ klar gegeben. Wenn der Lebenszeit des Schenkers oder des Beschenkten noch ein weiterer Zeitraum beigefügt ist, (wodurch der Uebergang auf die Erben sich von selbst ergiebt,) soll gleichfalls das Zusammenrechnen der einzelnen Jahresleistungen, natürlich nur für diesen bestimmten Zeitraum, Statt finden.

Die von Justinian in § 4 cit. getroffene certa divisio ist also die, ob der Zeitraum, in welchem das annuum gegeben werden soll, so bestimmt bezeichnet ist, daß zur Zeit der Schenkung sich mit Gewißheit ein das Maß übersteigender Gesammtbetrag aller einzelnen Leistungen berechnen lasse, oder nicht; in dem letzteren Falle soll es nur auf den Betrag der einzelnen Jahresleistungen ankommen. Diese Bestimmung entspricht dem Zwecke und Geiste der ganzen Insinuationseinrichtung, wie sie von Justinian neu festgestellt worden ist, und seiner Absicht, zweifelhafte Fragen möglichst zu beseitigen, und die Schenkungen gegen Anfechtung sicher zu stellen. Durch solche Auffassung der in l. 34 § 4 cit. enthaltenen Entscheidung werden die sonst aus dieser Stelle sich ergebenden Widersprüche vermieden; es stellt sich die Entscheidung als

eine durchaus verständige und zweckmäßige dar. Daß der Schlußsatz des § 4 in diesem Sinne zu Justinians Zeit und später verständlich gewesen und verstanden worden, wird durch den entsprechenden Text der Basiliken bestätigt, in welchem klar, nicht von einer ewigen Rente, sondern von einem bestimmten Zeitraume die Rede ist.

Wie bei Schenkung einer „ewigen Rente" der für die Insinuationsvorschrift in Betracht kommende Belauf zu berechnen sei, darüber ist in l. 34 § 4 nichts enthalten. Solche Schenkungen können vorkommen und sind vielfach vorgekommen, nicht nur in Verbindung mit Besitz und Eigenthum an Grundstücken, sondern auch in Gestalt einer immerwährenden Obligation zwischen ewigen Personen, wenn z. B. eine Stadt oder sonstige Gemeinde, eine Kirche u. d. g. sich gegen eine andere moralische Person, eine Universität, eine Kirche oder sonstige fromme Stiftung zur Entrichtung eines immerwährenden annuum schenkungsweise verpflichtet. Die Schenkung eines keinen Capitalbetrag angebenden unaufkündbaren Rentenbriefes, der Erlaß immerwährender Renten würden gleichfalls hierher gehören. Daß in solchem Falle der Capitalwerth in Beziehung auf das Erforderniß der Insinuation zu schätzen sei, ist dem Zwecke der ganzen Insinuationsvorschrift allein entsprechend; wer eine ewige Rente schenkt oder erläßt, hat mit einem Male sein Vermögen um den Capitalwerth der Rente vermindert, den Beschenkten um denselben Betrag bereichert. Eine Capitalisirung immerwährender Leistungen zur Ermittelung ihres Gesammtwerthes kennt auch das römische Recht, namentlich bei Anwendung der lex Falcidia auf ein dem Staate zugewandtes immerwährendes legatum annuum in l. 3 § 2 D. ad leg. Falc. 35, 2, woraus auch für die Schenkung immerwährender annua eine Analogie sich ergeben würde[97].

97) S. Meyerfeld a. a. O. B. 1. S. 150. Nr. 16.

In Beziehung auf die Schenkung immerwährender Nutzungen an Grundstücken hat aber Justinian selbst in l. 35 § 3 C. de donat. eine Capitalisirung vorgeschrieben, und dabei zugleich auf die Insinuationsvorschrift hingewiesen mit den Worten „in his quae amplioris sunt aestimationis"; woraus doch wohl zu entnehmen ist, daß es diesem Gesetzgeber nicht hat einfallen können, für jede Schenkung eines noch so kleinen immerwährenden annuum die Insinuation erfordern zu wollen. In einer Entscheidung des Oberappellationsgerichtes zu Jena (Seuffert Archiv. VIII. 285) ist bezüglich eines Verzichts auf Erbzinsrechte der Grundsatz geltend gemacht, daß bei deutschen Reallasten der Betrag einer Schenkung durch Capitalisirung der einzelnen jährlichen Leistungen zu ermitteln sei, wenn das Erforderniß der Insinuation in Frage stehe; derselbe Grundsatz muß aber arg. l. 35 § 3 cit. allgemein bei jeder schenkungsweise vorgenommenen Gründung oder Aufhebung einer jährlichen Rente zur Anwendung kommen. Die Schätzung zu dem fünfzehnfachen Belaufe der jährlichen Leistung wird in dem in l. 35. § 3 C. cit. hervorgehobenen besonderen Falle für die Verbindlichkeit zur Tradition eines Grundstücks noch gelten müssen; in anderen Fällen wird die Schätzung des Werthes einer gegründeten oder erlassenen jährlichen Rente nach den bestehenden Verkehrsverhältnissen vorzunehmen sein, und in Hinblick auf den gangbaren Zinsfuß, auf etwaige Ablösungsgesetze u. d. g. meistens mit größerer Leichtigkeit und Sicherheit bewirkt werden können, als die in l. 34 cit. angeordnete Schätzung einer tradirten Species.

IV.

Sollen durch die Zwangsversteigerung sämmtliche Hypotheken zahlbar werden?

Von

Dr. O. Bähr.

§ 1.

Kaum eine andere legislatorische Frage hat neuerdings innerhalb weiter Kreise, namentlich Preußens, ein so lebhaftes Interesse erregt, wie die vorstehende. Bei den vermehrten Schwierigkeiten, denen der Grundbesitz in Erlangung des benöthigten Credits unterlegen hat, ist man auch auf die Grundsätze des Zwangsversteigerungsverfahrens aufmerksam geworden, und hat in dem nach der preußischen Subhastations-Ordnung, sowie fast nach allen deutschen Landesgesetzgebungen, geltenden Grundsatz, daß mit der Zwangsversteigerung sämmtliche auf dem Grundstück haftende Hypotheken zahlbar werden, eine wesentliche Beeinträchtigung des Realcredits gefunden. Insbesondere haben die landwirthschaftlichen Vereine Preußens sich der Frage bemächtigt, und von 151 dieser Vereine haben 121 für Aufgeben jenes Grundsatzes sich ausgesprochen. Auch in beiden Häusern des preußischen Landtags sind bei Gelegen-

heit der Grundbuchgesetzgebung wiederholt Verhandlungen über jene Frage gepflogen, bei denen sich die gewichtigsten Stimmen gegen jenen Grundsatz erhoben. Auf der anderen Seite steht freilich die Mehrzahl des preußischen Juristenstandes. Bei der von der preußischen Regierung eingeleiteten Sachuntersuchung haben von 561 Gerichten erster Instanz 515, von 19 Appellationsgerichten 17, von 18 Ehrenräthen der Anwälte 12, desgleichen auch von 10 Hypotheken- und Bodencreditbanken 8 für Aufrechthaltung des bestehenden Grundsatzes sich erklärt. Die Ergebnisse dieser Sachuntersuchung finden sich zusammengestellt in einer Denkschrift der preußischen Regierung, welche der erneuerten Vorlage der Grundbuchgesetze beigegeben war (Aktenstück 8 der Verh. des Herrenhauses v. 1871—1872) und worin die Regierung auch ihrerseits den Grundsatz der bestehenden Gesetzgebung vertrat. Endlich hat auch der deutsche Juristentag die Frage vor sein Forum gezogen. Es liegen in den Verhandlungen von 1872 zwei Gutachten vor, beide für den bestehenden Grundsatz sich aussprechend, während bei den Verhandlungen der Referent sich gegen diesen Grundsatz erklärte. Der Juristentag selbst ist zu keiner Beschlußfassung gelangt [1]).

Von allen mir bekannt gewordenen Ausführungen zu Gunsten des bestehenden Grundsatzes ist das in den Verhandlungen des 10. deutschen Juristentags (Bd. I. S. 63 flgd.) vorliegende Gutachten des Appellationsgerichtsraths Struckmann zu Cöln (jetzt Obertribunalrath in Berlin) die umfassendste und gründlichste. Es wird sich deshalb rechtfertigen, wenn ich bei meiner Erörterung, welche eine entgegengesetzte Ansicht vertritt, vorzugsweise dieses Gutachten in Betracht ziehe.

1) Der Juristentag von 1873 hat allerdings Beschlüsse über die Frage gefaßt, die mir aber nach den Mittheilungen derselben in öffentlichen Blättern nicht ganz verständlich geworden sind.

§ 2.

Nach römischem Rechte galt, wenn ein und dieselbe Sache Mehreren verpfändet war, das absolute Vorrecht des ersten Pfandgläubigers. Mittelst der actio hypothecaria war er in der Lage, wo auch die Sache sich befand, sich in deren Besitz zu setzen. Kraft dieses Besitzes verkaufte er die Sache und machte sich aus dem Erlöse bezahlt, ohne sich um die Rechte des zweiten Gläubigers irgend zu kümmern. Mit diesem Verkaufe erlosch das Pfandrecht des zweiten Gläubigers und dieser konnte sich nur noch an den Ueberschuß des Erlöses halten. Wollte dagegen der zweite Gläubiger verkaufen, so konnte ihn der erste daran einfach dadurch hindern, daß er kraft seines besseren Pfandrechts ihm den Besitz der Sache vorenthielt. Gelang es dem zweiten Gläubiger dennoch, in den Besitz zu kommen und den Verkauf zu bewirken, so blieb das Pfandrecht des ersten Gläubigers unberührt; eine einfache Folge davon, daß der zweite Gläubiger dem ersten gegenüber gar kein Recht zum Verkaufe hatte. Der erste Gläubiger konnte daher sein Pfandrecht auch gegen den Käufer unverändert verfolgen [1]).

Daß ein solcher Rechtszustand mit den Anforderungen eines entwickelten Realcredits unvereinbar ist, liegt auf der Hand. Sollte diesen Anforderungen genügt werden, so war es nothwendig, ein Verfahren zu schaffen, worin nicht minder dem nachstehenden wie dem vorstehenden Gläubiger es möglich wird, unbeschadet der Rechte aller übrigen Gläubiger seine Hypothek zu realisiren, und worin zugleich dem Ersteher der Sache Gewähr geleistet wird, daß nicht unbekannte Pfandrechte auf der Sache haften bleiben, welche ihm dieselbe wieder zu entziehen

1) Vgl. bes. das l. 12 pr. D. qui potiores in pignore (20, 4).

drohen. Es ist dies das moderne Zwangsversteigerungsverfahren. Nach demselben gilt der pfandrechtliche Verkauf von Grundstücken nicht mehr als eine Privatsache des betreibenden Gläubigers, sondern auf Antrag des letzteren erfolgt der Verkauf durch das Gericht. Jeder Pfandgläubiger, so wie auch jeder sonst Execution in das Grundstück nachsuchende Gläubiger ist berechtigt, dieses Verfahren zu betreiben. Von einem Processe, kraft dessen sich der Gläubiger erst in den Besitz der Sache zu setzen hätte, ist nicht mehr die Rede. Der Eigenthümer bleibt im Besitz, bis er zu Gunsten des Erstehers ausgewiesen wird [1]). Zu dem Verfahren werden (unter Benutzung der Grund- und Hypothekenbücher) alle übrigen Hypothekargläubiger hinzugeladen. Unter ihrer Mitwirkung wird das Grundstück öffentlich ausgeboten und dem Ersteher frei von allen Belastungen zugeschlagen. Der Kaufpreis wird vom Gericht unter die Betheiligten nach Maßgabe ihres Vorzugsrechts vertheilt.

In diesem Verfahren nun ist der Grundsatz vorherrschend geworden, daß der gesammte Kaufpreis vom Ersteher b a a r erlegt werden muß und mittelst desselben sämmtliche Hypothekforderungen zur b a a r e n Auszahlung gelangen, einerlei, ob die Forderungen fällig sind, oder nicht. Soll ein Kapital auf dem Grundstücke stehen bleiben, so bedarf es hierzu besonderer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Ersteher. Da man hiernach alle auf dem Grundstück haftende Forderungen als gleichmäßig liquidirt ansieht, so ist man dann auch weiter dahin gekommen, daß auf Antrag des betreibenden Theils der

1) Es ist daher auch nur ein unwahrer Romanismus, wenn man noch heutzutage öfters die Klagbitte der hypothekarischen Klage dahin formulirt findet, „den Verklagten zu verurtheilen, dem Kläger den Besitz des Pfandes abzutreten.“ Die Formulirung kann verständiger Weise nur dahin gerichtet werden, „den gerichtlichen Zwangsverkauf geschehen zu lassen.“

Zuschlag ertheilt wird, einerlei, wie weit der Erlös zur Deckung der auf dem Grundstück haftenden Forderungen reicht. Der Zuschlag wird also auch ertheilt, wenn nicht einmal die Vorhypotheken gedeckt sind. Denken wir z. B., daß auf einem Grundstück zwei Hypotheken haften, die des A. von 10,000 und die des B. von 1000. B. betreibt den Verkauf. Es werden dabei nicht mehr als 8000 geboten. Dann wird darauf hin der Zuschlag ertheilt; und erst bei der Kaufgeldervertheilung findet sich, daß auf diese Weise A. 2000 von seiner Forderung verliert, während allerdings B. auch nichts bekommt.

Gegen diese Art des Verfahrens ist die gegenwärtige Bewegung gerichtet. Jedoch scheint mir in den Zielen noch eine gewisse Unklarheit zu herrschen, die sich auch in den verschiedenen Versuchen, die Frage zu formuliren, kundgiebt.

§ 3.

Wir begegnen zuerst einer Formulirung, die seiner Zeit in dem preußischen Abgeordnetenhause als Antrag zu einem der Grundbuchgesetze gestellt wurde, dahin gehend:

> Die Forderungen der Gläubiger, welche dem verkaufenden Gläubiger vorgehen, werden durch die Subhastation nicht berührt.

Noch während der Verhandlungen wurde hierzu der Unterantrag gestellt, die Formel so zu fassen:

> Die Forderungen der Gläubiger, welche innerhalb des Kaufpreises dem verkaufenden Gläubiger vorgehen, werden durch die Subhastation nicht berührt.

Der ganze Antrag wurde übrigens vor der Beschlußfassung zurückgezogen. Der Gedanke selbst aber tauchte von Neuem auf in einem selbständigen Antrage, worin er nunmehr so formulirt war:

Die Forderungen der Gläubiger, welche vor dem verkaufenden Gläubiger eingetragen sind, werden durch die Subhastation nicht fällig.

Dieser Antrag gelangte nicht mehr zur Verhandlung. Auch die Commission des Juristentags formulirte die Frage in Anschluß an die letztere Fassung dahin:

Ist es angemessen, daß durch die Subhastation sämmtliche auf dem subhastirten Grundstücke ruhenden Hypotheken fällig werden?

Struckmann in seinem Gutachten scheint beide Arten der Fassung für identisch zu halten. Er stellt an die Spitze seiner Ausführung: „Es folgt mit Nothwendigkeit aus der Natur des Pfandrechts, daß bei der nothwendigen Subhastation eines Grundstücks außer der Hypothek des den Verkauf beantragenden Gläubigers auch die gleichstehenden und die nachstehenden, auf dem Grundstücke haftenden Hypotheken ergriffen und fällig werden. Dagegen lassen sich rücksichtlich der Einwirkung der Subhastation auf die vorstehenden Hypotheken verschiedene Systeme denken. Nach dem einen System werden auch diese Hypotheken sämmtlich ohne Rücksicht auf ihre sonstige Fälligkeit dergestalt von der Subhastation berührt, daß der Käufer die Pflicht hat, sie zurückzuzahlen, und der Gläubiger, sie zurückzunehmen. Nach dem anderen Systeme werden dieselben entweder von der Subhastation gar nicht berührt, oder doch nur in beschränkter Weise, namentlich nur insoweit, als sie durch den Erlös der Versteigerung nicht gedeckt werden. Der Kern der Frage ist also der, ob die Subhastation die Fälligkeit aller vorstehenden Hypotheken zur Folge haben solle oder nicht; wird diese Frage im verneinenden Sinne entschieden, so bleibt in zweiter Linie zu untersuchen, ob das Subhastationsverfahren gar keinen Einfluß auf die vorstehenden Hypotheken ausüben,

oder dieselben in beschränktem Umfange lösen soll, namentlich etwa insoweit, als sie nicht innerhalb des Kaufpreises fallen und daher auf den neuen Erwerber nicht übergehen können."

Ich glaube nicht, daß diese Darlegung ganz das Richtige trifft. Die Schwierigkeit, welche man in der Formulirung gefunden, hat, wie mir scheint, darin ihren Grund, daß man davon ausging, mit einem einheitlichen Gedanken zu thun zu haben, während doch in der That dem Reformbedürfniß zwei Gedanken zu Grunde liegen. Den einen dieser Gedanken bezeichnet die eine der obigen Fassungen („werden nicht fällig"), während die andere Fassung („werden nicht berührt") offenbar dem anderen Gedanken zustrebt[1]).

Es sei mir gestattet, die beiden Gedanken, auf welche meiner Auffassung nach das Reformbedürfniß hinausläuft, hier an die Spitze zu stellen; worauf ich sie dann einzeln im Näheren ausführen werde. Es sind das folgende beide Sätze:

1. Es muß jedem Hypothekargläubiger gestattet sein, bei dem von einem anderen Gläubiger betriebenen Zwangsverkauf seine Forderung, statt sie zur Baarzahlung zu liquidiren, stillschweigend innerhalb des Kaufpreises auf den Ersteher des Grundstücks übergehen zu lassen.

2. So lange ein vorstehender Hypothekargläubiger durch das Meistgebot nicht gedeckt ist, darf ohne seine Zustimmung auf den Antrag eines nachstehenden Gläubigers der Zuschlag nicht erfolgen.

---

1) Auf eine solche Zweiheit des Gedankens weist auch die Formulirung hin, welche die oben (S. 183) gedachte Denkschrift der Frage dahin giebt: „ob sämmtliche Hypotheken von der Subhastation ergriffen und in derselben zahlbar werden sollen." Zu völliger Klarheit ist die Verschiedenheit der Gedanken aber auch dort nicht gelangt.



§ 4.

Zur Klarstellung, und was es sich bei dem ersten dieser Sätze handelt, möge folgende Betrachtung dienen.

Denken wir, der Eigenthümer N hat zwei Hypothekargläubiger, A, welcher 4000, und B, welcher 2000 zu fordern hat. B drängt N zur Zahlung. A dagegen verlangt zur Zeit sein Geld noch nicht. N findet nun einen freiwilligen Käufer Z, mit dem er folgenden Kaufvertrag abschließt: „Z zahlt für das Grundstück 7000. Auf diesen Kaufpreis übernimmt Z zunächst die Schuld des A im Betrage von 4000; von dem Rest zahlt er 2000 Thlr. sofort an B; das Uebrige an den Eigenthümer N". Jedermann wird diesen Kaufvertrag sehr verständig finden. Hätte N sich darauf gesteift, einen Käufer zu finden, der den ganzen Kaufpreis baar erlegte und mittelst desselben auch den A ausbezahlte, so würde ihm der Verkauf vielleicht gar nicht oder nur zu einem weit geringeren Preise gelungen sein. So aber vermittelt das Institut der Schuldübernahme in weit leichterer Art den Geschäftsverkehr, wie dies tausendfach in unserem heutigen Rechtsleben geschieht.

Gesetzt nun, N hätte keinen freiwilligen Käufer gefunden; B sähe sich deßhalb genöthigt, den Richter anzugehen, daß er im Wege des Zwangsverkaufs einen Käufer schaffe, der ihm sein Geld bezahle; und die Betheiligten bäten nun den Richter, den Zwangsverkauf geradeso zu bewirken, wie nach unserer obigen Unterstellung N beim freiwilligen Verkaufe verfuhr, d. h. auszubedingen, daß nur das Kapital des betreibenden Gläubigers B baar erlegt werde, das des Gläubigers A aber auf dem Grundstücke stehen bleibe: dann würde nach dem herrschenden Grundsatze der Richter erwidern müssen: „Das kann ich nicht; ich verkaufe nur gegen baar, und das baare Geld wird dann an die sämmtlichen Gläubiger vertheilt." — Ist

denn das aber nothwendig? Ist es zweckmäßig und ist es gerecht?

Die Frage ist also die, ob es nicht sachentsprechend wäre, daß beim Zwangsverkauf diejenigen Hypotheken, welche nicht unmittelbar zur Beitreibung stehen, statt durch Baarzahlung mittelst Schuldübernahme aus dem Kaufpreise gedeckt werden.

Für diese Frage liegt aber in der Sache selbst gar kein Grund, sie auf das Verhältniß der dem betreibenden Theil vorgehenden Gläubiger zu beschränken. Von dem nach römischen Grundsätzen bestehenden Rechte des vorgehenden Gläubigers, daß seine Hypothek von dem Verkaufe durch den nachstehenden unberührt bleibe, wäre ja das hier fragliche Recht durchaus verschieden. Vielmehr ist es ebensowohl denkbar und könnte unter Umständen zweckmäßig sein, daß auch die Hypothek eines nachstehenden Gläubigers, statt durch Baarzahlung, durch Schuldübernahme zur Deckung gelange. Denken wir uns in dem obigen Falle, daß nicht der zweite Gläubiger B, sondern der erste A den Schuldner zur Zahlung drängte, würde da nicht der freiwillige Verkauf auch in der Weise haben geschlossen werden können, daß von dem Käufer der Gläubiger A baar ausbezahlt, die Forderung des B dagegen auf das Kaufgeld übernommen werde? Und was würde hindern, in gleicher Weise auch den Zwangsverkauf geschehen zu lassen[1])?

§ 5.

Fragen wir zunächst, wie man wohl in den bestehenden Gesetzgebungen zu dem Grundsatz von der nothwendigen Zahl-

1) Die Betonung der „voreingetragenen Gläubiger“ in den obigen Formulirungen scheint mir daher nur auf einer unwillkührlichen Hereinziehung des (später zu erörternden) zweiten Gedankens zu beruhen.

barkeit aller Hypotheken beim Zwangsverkauf gekommen: so empfiehlt sich dieser Grundsatz allerdings durch seine größere Einfachheit. Sagt man, der Bieter muß den Kaufpreis unter allen Umständen baar erlegen, so kann die Zwangsversteigerung vor sich gehen, ohne daß man danach zu fragen hat, wie viel Hypotheken bestehen und in welcher Reihenfolge sie zu befriedigen seien. Auch für den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist es ohne Zweifel weit bequemer, wenn das Grundstück aus der Zwangsversteigerung völlig rein hervorgeht. Der entgegenstehende Grundsatz bietet dagegen unverkennbare Schwierigkeiten dar, die jedoch dann nicht für unüberwindlich zu halten sind, wenn ein Hypothekenrecht besteht, welches auf dem durchgeführten Princip der Publicität beruht. Sollen nämlich die Hypotheken theils baar bezahlt, theils vom Ersteher übernommen werden, so muß man bereits beim Ausgebot wissen und den Bietern eröffnen können, welche Hypotheken auf dem Grundstück haften und in welcher Reihenfolge sie auf die eine oder andere Weise gedeckt werden sollen. Denn der Bieter muß darüber gewiß sein, in welcher Weise er den Preis zu zahlen hat. Denken wir uns aber einen Rechtszustand, wie er lange Zeit in den meisten deutschen Ländern bestand und zum Theil wohl noch besteht, daß (zufolge unvollkommener Entwickelung des Publicitätsprincips) die Hypothekenbücher nur ein mehr oder minder unvollkommenes Bild der auf dem Grundeigenthum haftenden Rechte abgeben, so daß man nur mit sehr relativer Sicherheit sagen kann, was eigentlich auf einem Grundstücke hafte, — so wurde jener Grundsatz, daß bei der Subhastation nur gegen baare Zahlung verkauft und dann erst die Frage erhoben werden dürfe, wie das Geld zu vertheilen sei, mehr oder minder zur Nothwendigkeit. Erst das vollkommene Publicitätssystem, zu welchem man in neuerer Zeit in mehreren Ländern

(so namentlich in Preußen durch die Gesetze vom 5. Mai 1872) übergegangen ist, macht die Grundbücher zu einer so sicheren Grundlage für den Bestand der Hypotheken, daß mit ihrer Hülfe es wohl möglich ist, auch beim Zwangsverkauf einen anderen Grundsatz sich anzueignen. Wie aber die immerhin noch verbleibenden Schwierigkeiten zu überwinden seien, (wie es namentlich mit den aus dem Grundbuche sich nicht ergebenden Nebenforderungen an Zinsen und Kosten zu halten,) davon wird unten noch näher geredet werden.

§ 6.

Untersuchen wir, welche Personen bei der Frage, ob ein Kapital beim Zwangsverkauf, statt durch Baarzahlung, durch Schuldübernahme gedeckt werden solle, als die berechtigten Interessenten in Betracht kommen, so sind es folgende:

1. der betreffende Gläubiger selbst; und

2. die demselben nachstehenden Gläubiger und der Eigenthümer.

Die dem betreffenden Gläubiger vorstehenden Gläubiger sind bei der Frage, ob jener sein Kapital durch Baarzahlung oder durch Schuldübernahme gedeckt erhalten solle, niemals interessirt. Denn diese Frage gewinnt immer erst dann Bedeutung, wenn der betreffende Gläubiger überhaupt etwas erhält; geschieht dies aber, so müssen die vorstehenden Gläubiger jedenfalls gedeckt sein. Diese haben also nur das Interesse bei der Sache, daß nicht etwa über die Frage, wie die Deckung eines nachstehenden Gläubigers erfolgen solle, das ganze Verfahren aufgehalten werde.

Eben so wenig kann davon die Rede sein, daß etwa die Bieter ein sie berechtigendes Interesse haben, daß das Grundstück auf die eine oder andere Weise zum Ausgebote gelange. Die Art und Weise des Ausgebots beim Pfandverkauf kann

immer nur durch die concertirenden Interessen der Gläubiger und des Eigenthümers bestimmt werden. Der Bieter hat kein selbständiges Recht in dieser Beziehung. Er wahrt sein Interesse einfach dadurch, daß, wenn ihm das Ausgebot nicht zusagt, er nicht bietet oder um so viel weniger bietet. Nur darauf hat der Bieter einen wohlbegründeten Anspruch, daß er nicht getäuscht werde; daß er also namentlich für sein Gebot die Sache ganz und voll erwerbe, und daß er über die Frage, ob er auf sein Gebot den Zuschlag erhalte, binnen kürzester Frist Entscheidung erlange.

Kommen hiernach bei der Frage über Baarzahlung oder Deckung durch Schuldübernahme juristisch nur die Interessen einerseits des betreffenden Gläubigers selbst, und andererseits der ihm nachstehenden Gläubiger und des Eigenthümers in Betracht: so folgt zunächst daraus, daß wenn diese Interessenten — deren Interessen häufig hierbei völlig Hand in Hand gehen werden — über die Art des Ausgebots einig sind, sicherlich kein Grund vorliegt ihrem geeinigten Willen keine Folge zu geben.

Für den Fall eines Widerspruchs zwischen denselben müssen wir jedoch die obwaltenden Interessen und die daran sich knüpfenden Rechte noch gesondert untersuchen.

§ 7.

Dem betreffenden Gläubiger selbst kann daran gelegen sein, daß die Deckung seines Kapitals durch Schuldübernahme erfolge, weil vielleicht die Kapitalanlage eine für ihn besonders vortheilhafte ist, die er sich zu erhalten wünscht; (wenn er sich also z. B. für längere Jahre hohe Zinsen bedungen hat.) Aber auch abgesehen hiervon wird in vielen Fällen ein Gläubiger schon deßhalb vorziehen, sein Kapital stehen zu lassen, weil das für ihn bequemer ist, indem er sich dadurch den

Mühen und Kosten einer Theilnahme am Zwangsversteigerungsverfahren entzieht. Er hat die Ueberzeugung, daß, wohin auch das Grundstück gelangen möge, sein Kapital gesichert bleibt. Er will deshalb einfach das bestehende Verhältniß aufrecht erhalten.

Mit diesen Wünschen und Interessen, zumal wenn sie durch die zuerst gedachten materiellen Vortheile bestimmt werden, können sich nun die Wünsche und Interessen der nachstehenden Gläubiger oder des Eigenthümers in Widerspruch setzen, indem sie hoffen, daß ein besserer Preis werde erzielt werden, wenn der Ersteher in die Lage gesetzt werde, den fraglichen Gläubiger alsbald ausbezahlen zu können.

Hier entsteht also die Frage (1):

> soll der betreffende Gläubiger berechtigt sein, in Widerspruch mit den nachstehenden Gläubigern und dem Eigenthümer das Stehenbleiben seiner Hypothek zu begehren?

Es kann aber auch umgekehrt in den Interessen und Wünschen der nachstehenden Gläubiger oder des Eigenthümers liegen, daß das Kapital eines Gläubigers nur durch Schuldübernahme gedeckt werde. Es wird dies namentlich dann eintreten, wenn das Kapital unter Bedingungen dargeliehen ist, die für den Eigenthümer besonders günstig sind, (z. B. zu niedrigen Zinsen). Aber auch abgesehen hiervon können die gedachten Betheiligten ein Interesse finden, das Stehenbleiben eines Kapitals zu begehren, weil sie dadurch allein schon mehr Kaufliebhaber anzulocken und folgeweise einen höheren Preis zu erzielen hoffen.

Mit diesen Wünschen und Interessen kann nun wiederum der betreffende Gläubiger selbst in Widerspruch treten, indem er baare Auszahlung seines Kapitals begehrt. Dann entsteht die Frage (2.):

sollen die nachfolgenden Gläubiger und der Eigenthümer berechtigt sein, in Widerspruch mit dem betreffenden Gläubiger selbst, das Stehenbleiben von dessen Hypothek zu begehren?

Betrachten wir nochmals das Interesse der nachstehenden Gläubiger und des Eigenthümers genauer, mögen diese nun, wie bei Frage 1, die baare Auszahlung, oder, wie bei Frage 2, das Stehenbleiben einer Vorhypothek vertreten, so hat dieses Interesse immer nur ein und dasselbe Ziel, nämlich einen höheren Erlös zu erwirken. Daß dieses wirklich erreicht werde, beruht aber vorerst doch immer nur auf Vermuthung. Wohl aber läßt sich ein sicheres Ergebniß dadurch erreichen, daß man durch doppeltes Ausgebot des Grundstücks die Probe anstellt, ob auf die eine oder andere Weise ein höheres Gebot erfolgt. Das Recht der nachstehenden Gläubiger und des Eigenthümers, wenn man es bei Frage 1 oder bei Frage 2 anzuerkennen hätte, könnte hiernach verständiger Weise doch immer nur so weit gehen, daß sie ein doppeltes Ausgebot des Grundstücks und die Ertheilung des Zuschlags je nach dem sich ergebenden höheren Gebot begehren könnten.

§ 8.

Was nun die obigen Fragen selbst betrifft, so beantworte ich die unter 1. gestellte unbedingt zu Gunsten des betreffenden Gläubigers. Sein Recht geht dem Recht aller ihm gegenüberstehenden Interessenten vor; und ich weiß in der That nicht, wie man, wenn nicht aus anderen Gründen die baare Auszahlung seiner Hypothek zur Nothwendigkeit wird, es mit der Gerechtigkeit vereinigen kann, ihn durch einen schlechter Berechtigten aus seiner Stellung verdrängen zu lassen. Denken wir z. B., daß das Kapital den rückständigen Theil eines Kaufgeldes bildet, für welchen sich der Verkäufer ein

längeres Stehenbleiben mit einem hohen Zinsfuße ausbedungen. Er betrachtete vielleicht diesen Vortheil als eine wesentliche Bedingung des Verkaufs. Jetzt soll er genöthigt sein, denselben fahren zu lassen, weil irgend ein anderer Gläubiger sich hinter ihm angesiedelt hat und das Grundstück zum Verkauf bringt. Welche Gerechtigkeit liegt darin? Auf diese Weise ist in der That jedem Eigenthümer das Mittel gegeben, Hypotheken, die er unter ungünstigen Bedingungen aufgenommen, jederzeit wieder los zu werden. Er bestellt hinter diesen Hypotheken eine neue; der neue Gläubiger (sein guter Freund) bringt das Grundstück zum Verkauf und treibt sämmtliche ältere Gläubiger hinaus. Der Eigenthümer aber kauft selbst das Grundstück wieder, und verschafft sich nun das Geld zu besseren Bedingungen.

Aber auch wenn der Gläubiger nur um seiner Bequemlichkeit willen es vorzöge sein Kapital stehen zu lassen, so verdient dies doch volle Berücksichtigung. Denn gerade die mit dem Ausleihen auf Hypotheken verbundenen Unbequemlichkeiten sind es, welche von dieser Art der Geldanlage vielfach zurückschrecken. Und jede Verbesserung des Rechtszustandes in dieser Richtung heißt deshalb den Realcredit erhöhen.

§ 9.

Was die Frage 2 betrifft, so scheint dieselbe auf den ersten Blick mit der Frage 1 ganz parallel zu gehen und deshalb gleichfalls bejahend entschieden werden zu müssen. Gleichwohl kann ich das Verhältniß des betreffenden Gläubigers einerseits und der nachfolgenden Gläubiger und des Eigenthümers andererseits nicht für ganz gleichartig halten. Der Gläubiger, welcher sein Kapital stehen zu lassen begehrt, will eben trotz der Aenderung, die durch den Zwangsverkauf mit dem Grundstück vor sich geht, sein Verhältniß beim alten lassen; und ich

sehe nicht ein, wie man ihn gerechter Weise daran hindern kann. Die nachfolgenden Gläubiger und der Eigenthümer, welche das Stehenbleiben einer Vorhypothek vertreten, verlangen dagegen, daß der Gläubiger einer Aenderung gegenüber, die für ihn immerhin nicht ohne Bedeutung ist, still halte. Ich bin geneigt, in dieser Beziehung dasjenige im Wesentlichen für richtig zu erachten, was Struckmann (S. 73) sagt:

„Der Gläubiger muß zwar auch bei einer freiwilligen Veräußerung des Grundstücks gewärtigen, wider seinen Willen einen Hypothekarschuldner zu bekommen, welchen er zum ursprünglichen Schuldner niemals genommen haben würde; allein die Gefahr ist für ihn in diesem Falle bei weitem nicht so groß, wie im Falle der Subhastation. Denn ein subhastirtes Grundstück ist erfahrungsmäßig meistens mit Hypotheken überlastet und befindet sich in einem schlechten wirthschaftlichen Zustande, und wenn bei der Subhastation die dem extrahirenden Gläubiger vorstehenden Hypotheken stehen bleiben sollen, so wird, da der extrahirende Gläubiger in der Regel zu den weit zurückstehenden Hypothekengläubigern gehören oder gar ein bloßer Personalgläubiger sein wird, der Käufer regelmäßig nur einen kleinen Theil des Kaufpreises baar zu erlegen haben. In Folge dessen werden häufig Käufer sich finden, welche den Gläubigern keine Garantie für eine gute Bewirthschaftung des Grundstücks und eine prompte Zahlung der Zinsen bieten, und ist ein Gut einmal derart heruntergekommen, so setzt sich ein solcher Zustand leicht fort, wenn es in weitere Hände, namentlich in Folgen einer ferneren Subhastation, übergeht. Solche Umstände können nun zwar auch bei einem freihändigen Verkaufe eintreten; allein sie bilden hier doch die Ausnahme, und deßhalb ist es verkehrt, daraus, daß bei freiwilligen Verkäufen die Gläubiger den Eintritt eines neuen Hypothekenschuldners nicht hindern können, den Schluß zu ziehen, daß sie auch bei einer Subhasta-

tion wegen Eintritt eines neuen Schuldners nicht die Rückzahlung ihrer Forderungen verlangen dürfen. Vielmehr spricht eine gewisse Billigkeit dafür, daß dem Hypothekargläubiger, welcher durch die Subhastation in die unangenehme Lage gebracht wurde, unter ungünstigen Umständen einen beliebigen neuen Schuldner zu erhalten, die Möglichkeit gewährt werde, sein Kapital, auch wenn dasselbe noch nicht fällig war, zurückzuziehen; eine ungerechte Bevorzugung der Interessen des Kapitals vor denen der Landwirthschaft ist darin nicht zu erblicken. Gewährt man dem Gläubiger diese Möglichkeit nicht unmittelbar durch das Gesetz, so wird sich ohnehin das natürliche Bedürfniß durch vertragsmäßige Klauseln Bahn brechen. Ein vorsichtiger Gläubiger wird bei Hergabe des Kapitals sich ausbedingen, daß der Eintritt der Subhastation als Grund sofortiger Fälligkeit angesehen werden solle, und diese Klausel, welche schon jetzt in den Statuten mancher Hypothekengesellschaften enthalten und unmöglich als gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßend für ungültig erklärt werden kann, wird bei dem Schuldner in jenem Zeitpunkte, in welchem derselbe an die Folgen der Subhastation nicht zu denken pflegt, regelmäßig keinen Widerspruch finden."

Diese letztere, practisch gewiß richtige Bemerkung gewährt nun auch den Gesichtspunkt, aus welchem sich das unbedingte Recht des Gläubigers, sein Kapital im Zwangsverkaufe zurück zu fordern, sehr wohl construiren läßt. Man kann es nämlich bei jedem Creditgeben als stillschweigenden Vorbehalt ansehen, daß für die zugesagte Dauer des Creditverhältnisses das Grundstück nicht zum Zwangsverkaufe komme, da ein solcher die Verhältnisse dergestalt ändert, daß dem Gläubiger ein Stehenlassen des Kapitals nicht füglich zugemuthet werden kann. Ich würde deshalb den nachstehenden Gläubigern und dem Eigenthümer ein Recht, den vorstehenden Gläubiger zum Stehenlassen

seines noch nicht fälligen Kapitals zu nöthigen, nicht gewähren; würde vielmehr dem betreffenden Gläubiger stets die Wahl lassen, ob er beim Zwangsverkauf sein Kapital stehen lassen oder unter Anschluß an das Verfahren zurückfordern will.

Hiefür spricht auch noch folgender praktische Gesichtspunkt. Die meisten Kapitalien stehen nicht auf bestimmte längere Zeit aus, sondern sind auf eine kürzere oder längere Kündigung (von 3, 6 oder 12 Monaten) dargeliehen. Die Nichtwahrung dieser Kündigung würde nun beim Eintritt des Zwangsverkaufs alle diese Kapitalien im Augenblick als nicht fällig erscheinen lassen und daher — falls man jenen Grundsatz adoptirte — dem nachfolgenden Gläubiger sowie dem Eigenthümer das Recht geben die betreffenden Gläubiger von der Baarzahlung auszuschließen. Das wäre aber doch nur ein Scheinvortheil. Der Gläubiger, welcher gegen seinen Willen den Zwangsverkauf über sich ergehen lassen müßte, würde nun sofort dem Ersteher kündigen und dadurch vielleicht diesem die schlimmste Ueberraschung bereiten. Er würde auch nöthigenfalls das Grundstück dem Ersteher gegenüber von Neuem zum Zwangsverkauf bringen und so würden nur die Subhastationen sich häufen. Wollte man daher auch grundsätzlich zu Gunsten der nachfolgenden Gläubiger und des Eigenthümers jene Regel aufstellen — und ich verkenne nicht, daß sich dafür sehr wohl streiten läßt — so sollte man doch jedenfalls die Ausnahme machen, daß man die Regel da nicht für anwendbar erklärte, wo die Fälligkeit lediglich durch Wahrung einer nicht mehr als ein Jahr umfassenden Kündigungsfrist bedingt wäre. Die Einhaltung dieser Kündigungsfrist verliert in der That jede praktische Bedeutung, sobald einmal der Zwangsverkauf über ein Grundstück hereinbricht.

§ 10.

Haben wir es als eine Gerechtigkeit erkannt, daß der Hypothekargläubiger, durch den von einem Anderen betriebenen Zwangsverkauf nicht genöthigt werden dürfe, sein noch nicht fälliges Kapital sich zurückzahlen zu lassen, so müssen wir doch nun noch die nähere Ausführung dieses Grundsatzes in Betracht ziehen.

Bereits oben ist es als unabweisbares Bedürfniß des Credits anerkannt, daß beim Zwangsverkauf der Bieter von vorn herein sicher sei, was er ersteht und was er dafür zu leisten hat. Es muß daher schon bei dem Ausgebot den Bietern bekannt gemacht werden, welche Hypotheken von dem Ersteher innerhalb des Kaufpreises zu übernehmen und welche baar zu bezahlen sind. Die Grundlage dieser Bekanntmachung kann aber nur die im Grundbuche enthaltene Verzeichnung der Hypotheken abgeben, welche ja — bei vollständig durchgeführtem Publicitätsprincip — alle auf dem Grundstück haftende Hypotheken enthalten muß. Die Frage aber, welche von diesen Hypotheken zu zahlen und welche zu übernehmen seien, wird sich dahin bestimmen lassen, daß denjenigen Gläubigern, welche ihre Hypothek nicht stehen lassen wollen, die Verpflichtung auferlegt wird, bis zum Bietungstermin sich zu melden und dem Verfahren sich anzuschließen; wogegen von allen übrigen angenommen wird, daß sie in das Stehenbleiben ihrer Hypothek willigen. Demgemäß würde das Ausgebot zu vollziehen sein.

Im Einzelnen aber sind noch folgende Fragen zu beantworten:

1) Es fragt sich, wie es mit bedingten Hypothekforderungen — wozu namentlich auch die s. g. Cautionshypothe-

ken [1]) und ferner solche Hypotheken zu rechnen, für welche noch andere Grundstücke correaliter haften — bezüglich der Uebernahme zu halten. Sie von dem Rechte der Uebernahme auszuschließen, dazu liegt überall kein Grund vor. Im Gegentheil würde z. B. gerade bei Cautionshypotheken die Annahme, daß sie mit der Subhastation fällig werden, für die Zukunft aber erlöschen, meistens die größte Unbilligkeit enthalten. Bei solchen Hypotheken nun wird es geboten sein, sie im Fall der Uebernahme dem Ersteher vorläufig in dem vollen Nominalbetrage anzurechnen; so bald sich aber später ergiebt, daß sie gar nicht, oder nur zu einem Minderbetrage zur Erhebung gelangen, diejenigen Interessenten, welche durch deren nominellen Bestand vom Bezuge einstweilen ausgeschlossen wurden, in die Rechte jener Hypotheken einrücken zu lassen.

2) Die Hypothek haftet nicht allein für Kapital, sondern auch für Zinsen und Kosten. Wie viel an Zinsen und etwaigen Kosten rückständig ist, ergeben aber die Grundbücher nicht. Es entsteht daher die Frage: wie sind die unbekannten rückständigen Zinsen und Kosten eines Kapitals, welches nicht zur Auszahlung liquidirt wird, zu behandeln? Ich glaube man wird den Grundsatz aufstellen müssen: die Uebernahme einer Hypothek bezieht sich immer nur auf Kapital und laufende Zinsen; rückständige Zinsen und Kosten dagegen werden stets aus der vom Ersteher zu leistenden Baarzahlung entnommen. Allerdings erwächst hierdurch auch für denjenigen Gläubiger, der sein Kapital stehen lassen will, die Nöthigung, rückständige Zinsen und Kosten, wenn er sie aus dem Erlöse der Zwangsversteigerung befriedigt haben will, im Verfahren anzumelden. Das kann ihm aber auch nicht zur Beschwerde gereichen, und wird ihm jedenfalls weit geringere Kosten verursachen,

1) Unter Cautionshypotheken — ein in Preußen üblicher Name

als wenn er jedesmal mit seinem ganzen Kapital vor Gericht auftreten muß.

3) Die (nach dem Publicitätsprincip geführten) Grundbücher gewähren zwar eine volle Sicherheit dafür, daß weitere Hypotheken, außer den eingetragenen, nicht bestehen; nicht aber auch dafür, daß nicht einzelne der eingetragenen hinweggefallen, oder die Ordnung derselben zwischen den Betheiligten geändert sei, indem vielleicht nur versäumt worden, die Löschung oder ein eingeräumtes Vorzugsrecht eintragen zu lassen. Auch hierdurch kann eine Schwierigkeit insofern entstehen, als ein Gläubiger mit dem Anspruche auf Auszahlung prätendirt an die Stelle eines anderen zu treten, dessen Hypothek mit übergehen soll. Hier würde nun ebenfalls, wenn bis zum Ausbietungstermine das streitige Verhältniß nicht festgestellt werden kann, nichts übrig bleiben, als nach dem Grundbuche zu verkaufen, den Gläubiger aber, welcher nachträglich einen Vorzug erstreitet, in die Rechte seines Gegners einrücken zu lassen; — unbeschadet der Rechte des Erstehers, den Bedingungen des Ausgebots gemäß zu leisten. Daß jener Gläubiger dadurch möglicherweise einigen Nachtheil erleidet, muß er als Folge davon tragen, daß er nicht rechtzeitig für eine Richtigstellung des Grundbuchs gesorgt hat [1]).

— versteht man solche Hypotheken, die zur Sicherung einer dem Betrag nach unbestimmten Schuld bestellt sind.

1) Zur Klarstellung folgendes Beispiel. In dem Grundbuch sind auf ein Grundstück eingetragen:

der Gläubiger A mit einer Forderung von 5000 Thlr., welche erst nach 5 Jahren zahlbar ist;

der Gläubiger B mit einer Forderung von 3000 Thlr., welche alsbald fällig ist.

B betreibt den Verkauf und behauptet, dem A vorzugehen, weil dieser ihm ein (nicht eingetragenes) Vorzugsrecht eingeräumt habe. A bestreitet dies, und will seine Forderung stehen lassen. Steht nun dieser Streit bis zum Bietungstermine nicht zu entscheiden, dann muß das Grundstück

Fälle der hier fraglichen Art (Nr. 3) werden jedoch nur höchst selten vorkommen. Um so weniger liegt daher in der Schwierigkeit, welche sie bereiten könnten, ein Grund, der aus andern Rücksichten gebotenen Reform zu entsagen. Ueberhaupt sei hier die allgemeine Bemerkung am Platze, daß wir bei unseren heutigen verwickelten Zuständen die bloße Einfachheit nicht mehr als höchstes Princip der Gesetzgebung aufrecht erhalten können; daß wir uns vielmehr nicht scheuen dürfen, auch zu verwickelteren Einrichtungen zu schreiten, wo die Bedürfnisse des Lebens solche erheischen.

Uebrigens würde es angemessen sein, zur Geltendmachung aller derjenigen Ansprüche, welche auf die Art des Ausgebots oder die Bedingungen der Zuschlagsertheilung, abweichend von dem Inhalte des Grundbuchs, einen Einfluß zu üben bestimmt sind, (also namentlich der Ansprüche der vorstehend unter Nr. 2 und 3 gedachten Art) von vornherein im Subhastationsverfahren einen besonderen Termin, und zwar zeitig vor dem Ausbietungstermine, anzuordnen. Geschähe dies, so würde — da der Ausbietungstermin selbst in der Regel ziemlich weit hinaus gesetzt zu werden pflegt — meistens schon die Zwischenzeit ausreichen, um mittelst beschleunigten Verfahrens alle solche Streitpunkte zur endgültigen Entscheidung zu bringen und damit für das Ausgebot eine bleibend gesicherte Grundlage zu gewinnen.

---

dem Grundbuch gemäß dahin ausgeboten werden:

daß der Ersteher 5000 Thlr., erst nach 5 Jahren zahlbar, auf den Kaufpreis übernimmt, den Rest baar auszahlt.

Gesetzt das Grundstück würde nun für 6000 Thlr. zugeschlagen, so daß kraft der Verkaufsbedingungen der Ersteher nur 1000 Thlr. baar zu bezahlen hätte: so würde B, wenn er nun gleichwohl dem A gegenüber sein Vorzugsrecht nachträglich erstritte, diese 1000 Thlr. natürlich bekommen, die übrigen 2000 Thlr. aber nur fordern können aus der vorbehaltenen Hypothek des A; d. h. in der Art, daß der Ersteher sie erst nach 5 Jahren zu zahlen brauchte.

§ 11.

Wenden wir uns nun zu dem zweiten innerhalb des Reformbedürfnisses gelegenen, bereits oben (§ 3 a. E.) von mir formulirten Gedanken, daß auf Antrag eines nachstehenden Gläubigers der Zuschlag nur erfolgen dürfe, wenn die vorstehenden Gläubiger durch das Meistgebot gedeckt sind, oder ihre Zustimmung ertheilen. Ich nehme keinen Anstand zu erklären, daß ich die Durchführung dieses zweiten Grundsatzes im Interesse der Gerechtigkeit noch weit dringender geboten erachte, als die des ersten. Es mochte für den Realcredit eine Nothwendigkeit sein, auch dem nachstehenden Hypothekargläubiger die Befugniß einzuräumen, den Verkauf der Hypothek zu beantragen. Aber die auf seinen Antrag eingeleitete Subhastation kann doch immer nur ein Versuch sein, ob für ihn etwas dabei herauskommt. Ergiebt sich, daß nichts für ihn herauskommt, welches Recht hat er dann noch zum Verkauf? Indem man jenes Recht des nachstehenden Gläubigers dahin ausdehnte, daß man auf seinen Antrag den Verkauf auch wirklich vollziehen läßt, wo er selbst gar keinen Vortheil, die ihm vorgehenden Gläubiger aber Nachtheil davon haben, ist man in eine schlimme Uebertreibung gerathen. Und ich möchte glauben, daß gerade dieses Verhältniß es ist, was in Laienkreisen sehr lebhaft das Gefühl einer Ungerechtigkeit wachgerufen hat, gegen welche man durch den Satz, „daß die voreingetragenen Gläubiger durch die Subhastation unberührt bleiben," zu reagiren strebt.

Suchen wir von der Sachlage eine lebendige Anschauung zu gewinnen. Denken wir uns, auf einem Grundstück haften zwei Hypotheken, die das A von 10,000 Thlr., die des B von 3000 Thlr. Nun kommt ein dritter (vielleicht nur persönlicher) Gläubiger mit einer Forderung von 100 Thlr. und bringt das Grundstück zur Subhastation. Bei dieser werden nicht

mehr als 8000 Thlr. geboten. Es ist klar: wenn zu diesem Preis der Zuschlag erfolgt, so verliert A 2000 Thlr., B seine ganze Forderung von 3000 Thlr. und C bekommt seine 100 Thlr. auch nicht. A und B wollen keinen Zuschlag; sie wissen, daß eine ungünstige Zeit für den Verkauf ist, und sind überzeugt, daß, wenn damit noch gewartet würde, später weit mehr gelöst werden könnte. Aber C beantragt den Zuschlag. Und daraufhin wird derselbe ertheilt.

Zu dieser Verfahrungsweise konnte man nur gelangen, indem man einen der ersten Rechtsgrundsätze, welcher in jedem Rechte gleiche Geltung hat, hintansetzte. Das ist der Satz, daß ein Recht nur besteht, soweit ihm ein entsprechendes Interesse innewohnt. Denn alle unsere Rechte sind nichts anderes, als unsere rechtlich geschützten Interessen [1]) Wenn nun das Meistgebot noch nicht einmal die Vorhypotheken deckt, der betreibende Theil also noch viel weniger etwas davon zu erwarten hat, so hat dieser als Gläubiger auch kein Interesse an dem Zuschlag, und folglich auch kein Recht, denselben in Widerspruch mit den allein dabei rechtlich interessirten Vorgläubigern zu fordern. Zu diesem Resultat gelangt man schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sobald nur nicht Specialgesetze direct entgegenstehen.

Wie kommt es denn aber, wird man fragen, daß C überhaupt den Zuschlag beantragt, wenn er dabei kein Interesse hat? Darauf ist zu antworten: als Gläubiger hat C allerdings kein Interesse; aber ein solches stellt sich öfters von einer anderen Seite her ein. Vielleicht ist C zugleich Meistbietender oder ein guter Freund des Meistbietenden, und dann hofft er an der Geringfügigkeit seines Gebots vielleicht zehn-

1) Vgl. Ihering Geist d. r. R. III S. 317

fach zu gewinnen, was er als Gläubiger an seiner Forderung einbüßt. Die Stellung als Bieter aber giebt ihm kein Recht, den Zuschlag zu fordern. Das in dem Pfandrecht begriffene Verkaufsrecht hat keinen andern Zweck, als daß sich der Gläubiger für seine Forderung aus dem Erlös der verpfändeten Sache bezahlt mache. Reicht hierzu das Pfand nicht aus, so ist das Pfandrecht ein leeres Recht. Nicht aber kann es der Gläubiger nun doch dazu benutzen, um die verpfändete Sache zum Gegenstand eine ihn bereichernden Güterspeculation zu machen. Auf diesen Mißbrauch des Pfandrechts läuft es hinaus, wenn man einem Pfandgläubiger gestattet, einen Zuschlag, bei dem er als Gläubiger kein Interesse hat, lediglich als Bieter zu fordern.

Ein anderes Interesse, welches C bei Beantragung des Zuschlags möglicher Weise verfolgt, kann darin bestehen, daß er dadurch die Kosten des Subhastationsverfahrens wieder erlangen will. Allerdings pflegen diese Kosten, wenn es zum Zuschlag kommt, aus dem Erlös vorweg entnommen zu werden. Dem liegt aber doch der Gedanke zu Grunde, daß die Subhastation wirklich im Interesse der Gläubiger eingeleitet sei. Wenn nun aber diejenigen Gläubiger, welche allein aus dem Erlöse etwas zu beziehen haben würden, den Verkauf nicht wollen: wie kann man dann sagen, es sei derselbe in ihrem Interesse eingeleitet? Jeder, der eine Subhastation beantragt, thut dies doch nur und kann es nur verständiger Weise thun in der Erwartung, daß für ihn dabei etwas heraus komme. Hat er sich hierin getäuscht, erträgt ihm der Erlös nichts, weil die Vorgläubiger noch nicht einmal gedeckt sind, so ist die Sachlage gerade so, als ob er eine unverkäufliche Sache zum Verkauf gebracht oder einen insolventen Schuldner belangt habe. Auch in diesem

Falle muß er die Kosten auf der Tasche behalten; was hart sein mag, aber gewiß nicht ungerecht ist [1]).

Man sagt wohl, der vorgehende Gläubiger könne sich ja dadurch schützen, daß er mitböte und nöthigenfalls sich den Zuschlag ertheilen ließe. Als ob das für jeden Gläubiger etwas so Einfaches wäre! Bekanntlich gehört aber, die Nöthigung zum Mitbieten und die Gefahr den Zuschlag zu erhalten — was den Gläubiger in die Lage bringt, das Grundstück kürzere oder längere Zeit verwalten und dann wieder zum Verkauf bringen zu müssen — zu den allergrößten Unannehmlichkeiten des Ausleihers auf Hypotheken. Es giebt eine Menge Gläubiger, die lieber einen namhaften Verlust tragen werden, als daß sie sich auf dergleichen einlassen. Ist nun der vorgehende Gläubiger ein solcher Mann, und hat sich hinter ihm ein Güterspeculant angesiedelt, so muß nach dem herrschenden Grundsatz jener sich gefallen lassen, daß dieser die Hypothek zu jeder gelegenen und ungelegenen Zeit zum Verkaufe aufsteckt und sie ihm für eine Bagatelle unter den Händen wegnimmt. Und das wäre Gerechtigkeit? Umgekehrt wäre dem Nachhypothekar, der sich darüber beklagen wollte, daß auf seinen Antrag kein Zuschlag erfolge, zu erwidern: „Biete doch wenigstens so viel, daß auf deine Forderung etwas fällt; erst dann zeigt es sich, daß dein Pfandrecht Realität hat."

§ 12.

Wie befangen übrigens Juristen über diese Frage denken, darüber liegen sprechende Zeugnisse vor. Bereits bei den Verhandlungen des preuß. Abgeordnetenhauses wurde von einer

1) Man vergegenwärtige sich nur einmal, daß vielleicht die Nachhypothek bestellt wurde zu einer Zeit, wo das Grundstück schon völlig mit Schulden überlastet, wo also von vornherein klar war, daß diese Hypothek, so lange die Vorhypotheken bestehen, ein rein illusorisches Recht ist. Nun soll dennoch dieser Nachhypothekar das Grundstück zum Verkauf bringen

Seite geltend gemacht, daß aus der Annahme des beantragten Grundsatzes (dem „Unberührtbleiben" der Vorhypotheken) der „Hauptnachtheil" sich ergeben würde, daß, wenn die voreingetragenen Hypotheken mehr betragen, wie der Werth des ganzen Grundstückes, gar kein Käufer sich finden würde und die Subhastation mit allen ihren Kosten vergeblich gewesen sei. Auch Struckmann stellt sich ganz auf diesen Standpunkt. Zwar trägt er (S. 69) unter der den Zweifelsgründen Folgendes vor:

„Für einen Gläubiger, welcher seine vordere Hypothek auf dem Grundstücke als eine sichere und bequeme Kapitalanlage betrachtet, ist es ohne Zweifel nicht angenehm, in Folge einer Subhastation, die von einem ihm nachstehenden hypothekarischen oder gar von einem bloß persönlichen Gläubiger beantragt wird, in das Subhastationsverfahren hineingezogen zu werden.. Denn erscheint er in dem betreffenden Termin, so erwachsen ihm daraus Weitläufigkeiten und Kosten; erscheint er nicht, so läuft er Gefahr, daß seine Interessen, z. B. in dem Versteigerungstermine durch zu geringe Gebote, geschädigt werden. Und selbst wenn er erscheint, wird er unter Umständen der Gefahr, an seiner Forderung einen Ausfall zu erleiden, nur dadurch entgehen können, daß er durch Mitbieten den Kaufpreis in die Höhe treibt oder gar selbst Ersteher wird, also in Unternehmungen sich einläßt, welche vielleicht seiner Neigung und seinem sonstigen Interesse durchaus nicht entsprechen. Daß ihm auf diese Weise die Wahl zwischen einer Einbuße an seiner Forderung und zwischen dem Erwerbe des Grundstücks aufgedrungen werden kann, stellt sich als besonders abnorm dar, wenn der die Subhastation betreibende, nachstehende Gläubiger selbst

und den Vorgläubigern, die den Verkauf gar nicht wollen, sagen dürfen: „Für euch habe ich den Verkauf vorgenommen, und ihr müßt deshalb — die Kosten bezahlen!" — ?

nicht die geringste Aussicht hat für seine eigene Forderung durch den Erlös irgend welche Befriedigung zu erlangen."

Struckmann erkennt es also als etwas „Abnormes" an, daß auf diese Weise einem vorgehenden Gläubiger die schmerzliche Wahl zwischen einer Einbuße an seiner Forderung oder dem Erwerb des Grundstücks aufgedrungen werde, „besonders" wenn der betreibende Gläubiger nicht die geringste Aussicht habe selbst etwas zu bekommen; (wobei nur zu bemerken, daß dieses „besonders" immer eintreten wird, da, wenn schon der vorgehende Gläubiger vor die Alternative einer Einbuße gestellt ist, der nachfolgende natürlich gar nichts bekommt). Jenen sehr richtigen Bemerkungen stellt dann aber Struckmann später (S. 79) folgenden Ausspruch gegenüber:

„Nach Ueberwindung aller Schwierigkeiten steht es aber — und das ist schließlich noch ein Hauptnachtheil des Grundsatzes des vollständigen Unberührtbleibens der Vorhypotheken — noch nicht einmal fest, ob die Subhastation zu irgend einem Ergebniß führt. Denn wenn im Bietungstermine das Meistgebot den festgestellten Betrag der auf den Ersteher übergehenden Verbindlichkeiten nicht erreicht, so kann der Zuschlag nicht erfolgen, das Grundstück ist vorläufig unverkäuflich und bleibt zum Nachtheile der Gläubiger in den Händen des überschuldeten Eigenthümers oder eines Sequesters, bis ein vorstehender Gläubiger eine neue Subhastation beantragt; und alle vorher aufgewandten Mühen und Kosten sind vergeblich gewesen!"

Wenn man dergleichen Aeußerungen vernimmt, so möchte man fast fragen: wird denn etwa die Subhastation in einem öffentlichen Interesse vorgenommen, vielleicht zur Strafe für einen leichtsinnigen Schuldenmacher, damit er nicht mehr im Besitze seines schlechtverwalteten Eigenthums verbleibe? Ich sollte denken, die Subhastation erfolgte im realen Interesse der Gläubiger! Wer sind denn nun aber die „Gläubiger," zu

deren „Nachtheil" der überschuldete Eigenthümer im Besitze des Grundstücks bleibt? Der betreibende Theil ist es doch gewiß nicht; denn dieser bekommt ja so wie so nichts, mag der Zuschlag erfolgen oder nicht. Er riskirt also bei dessen Unterbleiben höchstens, daß die Sache später noch einmal zum Verkauf kommt, wo dann vielleicht auch seine Forderung befriedigt wird. „Benachtheiligt" könnten also doch nur die Gläubiger sein, welche aus dem Zuschlag etwas zu erwarten hätten. Diese aber sind es ja gerade, welche den Zuschlag nicht wollen, welche vielleicht Ach und Weh darüber schreien, daß ihre Hypothek unzeitig in die Luft gesprengt wird. Der „überschuldete Eigenthümer" wird wohl auch in der Regel lieber in seinem Eigenthum sitzen bleiben, als daß er sich für ein geringfügiges Gebot hinaustreiben läßt. Also alle, welche die Sache reell angeht, wollen den Zuschlag nicht. Aber nun soll dieser dennoch geschehen, — vielleicht zur Ehre des Gerichts, „damit nicht soviel Mühe und Kosten vergeblich aufgewendet seien!" Aber werden denn Mühe und Kosten damit gelohnt, daß man noch etwas Verkehrtes darauf setzt?

Uebrigens ist es ein Irrthum, wenn man davon ausgeht, der hier fragliche Grundsatz stehe mit jenem andern Grundsatze von der Fälligkeit oder Nichtfälligkeit (Baarzahlung oder Uebernahme) der Hypotheken bei der Subhastation in nothwendigem Zusammenhang. Auch wenn man den Grundsatz der Fälligkeit aller Hypotheken beibehält, hat der hier besprochene zweite Grundsatz nicht minder seine Berechtigung und läßt sich sehr wohl im Leben durchführen [1]). Umgekehrt könnte man aber auch

1) Als Beweis hierfür kann ich anführen, daß das O.A.Gericht in Berlin in einer hessischen Sache, übereinstimmend mit der schon bisher in Hessen geltenden Praxis, diesen Grundsatz bereits angewendet hat, obwohl auch in Hessen durch den Zwangsverkauf sämmtliche Hypotheken fällig werden. Vrgl. Seuffert Arch. Bd. 28 Nr. 112.

zu dem Grundsatz der Nichtfälligkeit übergehen und gleichwohl dabei bleiben, daß zu jedem Preis der Zuschlag erfolgen müsse, selbst wenn die mit zu übernehmenden Vorhypotheken noch nicht einmal gedeckt würden; (was dann natürlich die Folge hätte, daß diese Hypotheken in dem nicht gedeckten Betrage schwänden). Während aber da, wo sämmtliche Hypotheken baar ausbezahlt werden, die Ungerechtigkeit, welche durch einen die Vorgläubiger nicht deckenden Zuschlag gegen diese geübt wird, hinter der Thatsache sich versteckt, daß man bei dem Zuschlag die Frage, wer denn eigentlich den Erlös bekomme, ignorirt und das spätere Deficit für die Vorgläubiger gleichsam als etwas Zufälliges betrachtet: wird dagegen alsdann, wenn von vornherein feststeht, daß der Erlös zunächst auf die Uebernahme bestimmter Hypotheken gerechnet werden muß, klar hervortreten, daß ein Zuschlag, durch welchen noch nicht einmal diese Vorhypotheken gedeckt werden, etwas Unverständiges und Ungerechtes ist. In diesem Sinne stehen allerdings beide Sätze in einer gewissen Wechselbeziehung. Und wenn so der erste Grundsatz dazu beitragen wird, auch dem zweiten zum Durchbruch zu verhelfen, so halte ich das nicht für einen Hauptnachtheil, sondern für einen Hauptvortheil.

Schließlich sei noch bemerkt, daß, was die Ausführung des hier fraglichen zweiten Gedankens betrifft, solche nur analog den oben (S. 200) entwickelten Regeln erfolgen kann. Als Grundlage der Entscheidung, ob ein Gebot die Vorhypotheken deckt, wird der Inhalt des Grundbuchs dienen müssen. Wer etwas davon Abweichendes als Norm für die Ertheilung des Zuschlags zur Geltung bringen will, muß vorher diesen Anspruch vorbringen, wozu ihm in einem zeitig anzuberaumenden Termine Gelegenheit zu geben angemessen wäre.

§ 13.

Daß eine Reform des Zwangsversteigerungsverfahrens im Sinn der hier vertretenen Gedanken auch wirthschaftlich von erheblicher Bedeutung sein würde, liegt auf der Hand. Die Möglichkeit, eine Hypothek beim Zwangsverkauf stehen zu lassen, gewährt dem Gläubiger unter Umständen eine große Annehmlichkeit. Macht er von dieser Befugniß Gebrauch, — und es wird das unzweifelhaft in unzähligen Fällen geschehen — so wird dies in der Regel auch den nachstehenden Gläubigern und dem Eigenthümer dadurch zu Gute kommen, daß sich Bieter leichter und zu bessern Preisen finden. Denn es kann nicht bezweifelt werden, daß ein großer Theil von Kaufliebhabern es als einen Vortheil ansehen wird, wenn sie den Preis nicht ganz baar zu erlegen brauchen, sondern für einen Theil desselben Hypotheken übernehmen können. Die Besorgniß, daß dann leichter auch solche Personen, deren Mittel zur Bewirthschaftung des Gutes nicht ausreichen, sich als Bieter einfinden und in das Grundeigenthum eindrängen könnten, erscheint doch in der That nicht begründet. Denn welche Wahrscheinlichkeit ist dafür, daß derjenige, welcher den ganzen Preis baar entrichtet, mehr Mittel zur Bewirthschaftung des Gutes übrig behält, als derjenige, welcher nur einen Theil des Preises bezahlt? Die Garantie gegen frivoles Bieten muß darin gesucht werden, daß der Ersteher jedenfalls einen Theil seines Gebotes — zur Deckung der rückständigen Zinsen und zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers — baar erlegen, also eine baare Anzahlung leisten muß, und daß nur ein Gebot Berücksichtigung findet, welches hierfür ausreicht. Ließe man freilich, entsprechend dem jetzt bestehenden Grundsatz, ein Gebot zu, welches noch nicht einmal die zu übernehmenden Vorhypotheken deckte, so daß also der Bieter, ohne einen Pfennig baar

anzuzahlen, lediglich mittelst Uebernahme der (noch dazu verminderten) Vorhypotheken Eigenthümer werden könnte, dann wäre allerdings die Versuchung groß, auch mit gar keinen Mitteln als Bieter aufzutreten. So erweist sich auch vom wirthschaftlichen Standpunkte der Uebergang zu dem Grundsatz, daß jedenfalls die Vorhypotheken durch das Meistgebot gedeckt sein müssen, als eine Nothwendigkeit. Zugleich aber befreit dieser Grundsatz die Hypothekengläubiger von einer Gefahr, welche allein schon dem ruhigen Kapitalisten das Ausleihen auf Hypotheken gründlich verleiden kann, dadurch aber den creditbedürftigen Grundbesitzer mehr und mehr in die Hände der Güterspeculanten hineindrängt.

Es ist daher nur im richtigen Gefühl aller dieser Vortheile geschehen, daß die landwirthschaftlichen Vereine Preußens in ihrer großen Mehrzahl für eine Reform sich ausgesprochen haben. Wenn im Gegensatz hierzu die großen Creditanstalten ihrer Mehrzahl nach sich gegen die Reform erklärt, so beruht dies augenscheinlich nur darauf, daß es ihnen bedenklich erschien, neben dem Rechte auch eine Pflicht des Hypothekargläubigers zum Stehenlassen seines Kapitals auszusprechen. Stände man hiervon ab, so würden schwerlich jene Anstalten noch einen Einwand gegen die Reform erheben.

Was endlich das Widerstreben des Juristenstandes betrifft, so glaube ich, daß dasselbe auf zwei Momente sich zurückführen läßt: einmal auf die Gewöhnung, und sodann auf die Besorgniß vor den Schwierigkeiten, welche in technischer Beziehung die Sache in sich trägt. Gelingt es der Gesetzgebung, dieser Schwierigkeiten Herr zu werden, so wird auch jene Gewöhnung bald zu überwinden sein. Am allerwenigsten aber bin ich der Ansicht, daß sich von einem „Rechtsbewußtsein des Volkes", durch welches der gegenwärtige Zustand getragen würde, irgend reden läßt.

Meiner Meinung nach würde die Gesetzgebung sich um die Verhältnisse der jetzt so vielfach bedrängten Grundeigenthümer ein Verdienst erwerben, wenn sie eine Reform des Zwangsversteigerungsverfahrens in den gedachten Richtungen vornähme.

V.

Ueber die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes.

Von

Justizrath Dr. **Lehmann**,
Amtsrichter in Ahrensböck.

Zu den nicht am wenigsten interessanten Materien, welche im allgemeinen Theile des Criminalrechts abgehandelt zu werden pflegen, gehört die Lehre vom Nothstande. Es ist nicht allein ein gewisser Reiz des Tragischen der Situation, welcher die Phantasie anregt, mögliche Fälle eines solchen Conflicts zu erdenken und dem Scharfsinn als Probleme zur Lösung vorzulegen, sondern ganz besonders anziehend wirkt der Umstand, daß jeder Versuch, zu einer befriedigenden Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Bedeutung des Nothstandes zu gelangen, uns nöthigt, auf die letzten Gründe nicht nur des Strafrechts, sondern des Rechts überhaupt zurückzugehen, die Aufgabe des Rechts in der sittlichen Welt klar zu erfassen und dadurch zugleich zu erkennen, wie aus dieser Aufgabe des Rechts im Allgemeinen die einzelnen concreten Rechtsinstitute und Rechtssätze organisch hervorwachsen, ihre Erklärung und Begründung finden, und wie auf solche Weise die anscheinend

disparatesten Rechtsgestaltungen unter einander in naher Verwandschaft stehen.

So mannigfaltige Auffassungen der Begriffe von Recht und Strafe sich daher haben geltend machen können, so verschieden hat auch die Begründung der rechtlichen Wirkungen des Nothstandes ausfallen müssen. — So lange die Kant-Feuerbach'sche Auffassung die herrschende war [1]), wonach das Wesen des Nothstandes in eine Ueberwältigung der Kraft der gesetzlichen Strafdrohung durch die unmittelbar wirkende Bedrohung des gegenwärtigen größeren Uebels gesetzt, die Frage also rein auf das Gebiet der Zurechnungsfähigkeit verlegt wurde, blieb der juristische Begriff des Nothstandes auch lediglich dem Gebiet des Criminalrechts angehörig. Wenn etwa die Frage aufgeworfen wurde, ob und in welcher Weise der Nothstand sich auf dem Gebiet des Civilrechts geltend mache, so konnte die Antwort kaum eine andere sein, als daß, wo wegen Mangels der Zurechnungsfähigkeit kein Delict vorhanden sei, auch die civilrechtlichen Folgen eines Delicts nicht eintreten könnten. Seitdem indessen — insbesondere nach Hegels Vorgang — eine wesentlich andere Auffassung sich Bahn gebrochen hat, seitdem man in dem Nothstande nicht mehr blos eine Entschuldigung sondern geradezu eine Rechtfertigung des Handelnden erkennt, den Ausschluß der Strafbarkeit einer im Nothstande begangenen Beschädigung als den Sieg des materiellen Rechts über die formale Berechtigung betrachtet und den Satz aufstellt, daß „da Recht und Wohl ihrem Wesen nach identisch seien, und es um der Gerech-

1) Ganz scheint sie, obwohl die Motive des deutschen Strafgesb. der neueren Anschauungsweise folgen, auch im Letzteren noch nicht überwunden zu sein, sondern macht sich in der Beschränkung auf Gefahr für Leib und Leben des Thäters oder eines Angehörigen noch immer bemerklich.

tigkeit willen darauf ankomme, im Nothstande das Wohl in dem nach den gegebenen thatsächlichen Umständen größtmöglichen Umfange zu schützen", im Falle der Unmöglichkeit der Coexistenz das qualitativ niedere Recht dem qualitiv höheren, bei qualitativer Gleichheit aber das quantitativ geringere dem quantitativ größeren von Rechtswegen zu weichen habe, so scheint die Frage nahe zu liegen, ob und in welcher Gestalt derselbe, anscheinend doch nicht auf speciell criminalrechtlichen Voraussetzungen beruhende, sondern eine allgemeinere Bedeutung in Anspruch nehmende Grundsatz auch auf dem Gebiete des Civilrechts Anwendung leide, sobald hier ähnliche Conflicte zu Tage treten. In der That finden wir denn auch, daß die Vertreter dieser modernen Auffassung des Nothstandes sich gelegentlich mit der civilrechtlichen Wirkung desselben beschäftigen. Allein hier treten uns — wenigstens dem äußeren Anscheine nach — ganz wesentlich verschiedene Ansichten entgegen. Hälschner (Preuß. Strafrecht § 68) betont wiederholt, daß die im Nothstande verübte Beschädigung des fremden subjectiven Rechts immer civiles Unrecht sei, welches civilrechtlich stets zum Schadensersatz verpflichte, soweit den Umständen nach von einem solchen überall geredet werden könne. Danach scheint es, als wenn H. dem Nothstande als solchem civilrechtlich jede Wirkung abspricht. Hingegen sagt Schaper in Holzendorf's Handbuch des Strafrechts, (Begriff und allgemeiner Thatbestand des Verbrechens § 15) nachdem er den Satz aufgestellt hat: Die Formel für den Nothstand laute: „Gut gegen Gut", und „das geringere Gut müsse dem höheren weichen", weiter: „Die angegebenen Grundsätze finden sich civilrechtlich mannigfach angewendet: Wegfall der Schadensersatzforderung da, wo geringeres Gut geopfert werden mußte, um ein höheres oder umfangreicheres zu erhalten" und bezieht sich dabei auf die Bestimmungen des gemeinen Rechts über

den Seewurf oder große Haverei, und auf einige Pandektenstellen zur Lex Aquilia L. 29 D. § 3; 9, 2; und L. 3 § 7 D. 47, 9. — Man kann nach dem ganzen Zusammenhange kaum umhin, anzunehmen, daß Schaper den von ihm aufgestellten Satz über den Conflict von Gütern als einen auch für das Civilrechtsgebiet gemeingültigen erachtet und als seine Rechtsfolge den Wegfall der Schadensersatzforderung ansieht.

Wir hätten damit einen formell ganz ansprechenden Parallelismus der Nothstandswirkungen: im Criminalrecht Wegfall der Strafe, im Civilrecht Wegfall der Schadensersatzforderung. — Es springt indessen sofort in die Augen, daß diese Gegenüberstellung nicht richtig sein kann, wenn sie etwa besagen soll, daß schlechthin jeder Ersatzanspruch wegfalle, daß sie vielmehr nur mit einer gewissen Einschränkung verstanden werden darf. Denn wenn beim Seewurf oder der s. g. großen Haverei Güter zur Rettung von Schiff und Ladung geopfert werden müssen, so wissen wir, daß allerdings ein Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens für den Eigenthümer der geopferten Güter nachbleibt, nach rhodisch-römischem Recht zwar ein auf das damnum emergens beschränkter, nach heutigem Handelsrecht aber ein auch das lucrum cessans mitbefassender Anspruch, so daß dieser Fall gewiß nicht zur Begründung eines so allgemeinen Satzes zu dienen geeignet wäre. Von stärkerer Beweiskraft scheinen freilich die von Schaper angezogenen Digestenstellen zur Lex Aquilia zu sein, welche lauten:

L. 29 § 3 D. ad. leg. Aquil. 9, 2: Item Labeo scribit, si cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo, nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam; idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in qua navis (piscatorum?)

inciderat, aestimarunt; plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum.

L. 3 § 4 D. de incendio 47, 9. Quod ait Praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae judicium in me dandam? cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. puto igitur, non esse verum, quod Labeo scribit. an tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? et non puto agendum, nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. et ita Celsus scribit. —

Einer eigenthümlichen Anschauung des römischen Staatsrechts, wonach jeder civis Romanus in den seine eigene Privatrechtssphäre betreffenden, unter Umständen auch bei s. z. s. objectiv-unpersönlichen, Verletzungen der öffentlichen Ordnung, befugt erschien, als Repräsentant der Staatshoheit und als Vertreter der objectiven Rechtsordnung aufzutreten, so daß durch die an ihn geleistete Geldbuße das Delict gesühnt wurde, ist das System der Privatklagen entsprungen, wodurch für das römische Privatrecht ein zwieschlächtiges, seinem eigentlichen Grund und Wesen nach dem Criminalrecht, und lediglich in seinen vermögensrechtlichen Wirkungen dem Privatrecht angehöriges Gebiet geschaffen ist. In Folge der veränderten staatsrechtlichen Anschauungen ist dies ganze Gebiet für uns unpractisch geworden und kommt heutzutage nur noch in soweit in Betracht als die vom römischen Recht für Delicte gegebenen Rechtsmittel zugleich reipersecutorischer Natur sind. Dies vorausgeschickt wenden wir uns:

1) zur Betrachtung der L. 29 § 3 D. 9, 2: — Der

Thatbestand des Gesetzes enthält einen wahren wirklichen Nothstand, und wenn nun gesagt wird, nullam actionem esse dandam, so scheint das allerdings für den Wegfall jeder Ersatzforderung zu sprechen. Ich glaube indessen diese Worte mit dem beschränkenden Zusatze: scilicet ex lege Aquilia verstehen zu müssen. Denn um diese, um die Voraussetzungen dieses, jenem oben von uns characterisirten zwieschlächtigen Gebiet der Delictsklagen angehörigen, Rechtsmittels [1]) handelte es sich hier für den Juristen und er verneinte die Statthaftigkeit derselben, weil wenn auch ein damnum, doch kein damnum injuria datum vorlag. Die Frage ob etwa aus andern Gründen dem Eigenthümer des gekappten Ankertaues, der zerrissenen Netze, ein Ersatzanspruch gegen den Schiffseigenthümer zustehe, konnte der Jurist an dieser Stelle füglich unerörtert lassen. Ein solcher Ersatzanspruch ergiebt sich aber, wie ich meine, schon nach reinem römischem Recht in analoger Anwendung der Grundsätze über Geschäftsführung. Hätte nämlich der Eigenthümer des Ankertaues dieses im Auftrage des Schiffseigenthümers gekappt, um das Schiff frei zu machen, so stände ihm ohne allen Zweifel die actio mandati contr. zu, auf Ersatz der aus seinem Vermögen gemachten Aufwendung; desgleichen die actio negat. gest. contr., wenn er es im Auftrage der Schiffer oder proprio motu zur Befreiung des Schiffes gethan oder die Handlung der Schiffer genehmigt hätte. Es ist nun aber wohl klar, daß wenn er für die mit seinem Willen gemachte Aufwendung aus seinem Vermögen Ersatz von dem dadurch vor Schaden bewahrten Schiffseigenthümer verlangen kann, dieser Anspruch ihm nicht

1) Der criminalrechtliche Character zeigt sich in dem besonderen Schätzungsmodus und der Litiscreszenz und tritt hier eben die Sühne für das verletzte objective Recht zu Tage, welche im heutigen Recht durch die Strafsanction für Sachbeschädigung gegeben ist.



weniger zustehen muß, wenn die Aufwendung aus seinem Vermögen ohne seinen Willen gemacht ist. Dem Eigenthümer des Taues, der Netze, steht also die entweder directe oder analoge (utilis) actio negat. gestor. contraria[1]) gegen den Schiffseigenthümer zu, und der Ausspruch von Labeo und Proculus in L. 29 § 3 C. ist nur dahin zu verstehen, daß die wesentlich criminelle Delictsklage gegen die Thäter einer im Nothstande verübten Beschädigung nicht stattfindet. (Man vergleiche auch L. 49 D. § 1 eodem, welche ausdrücklich immer nur von der actio Aquilia redet und den Ausschluß dieser Klage auf den Mangel der injuria, des criminellen dolus gründet.)

2. Die L. 3 § 7 D. de incend. 47, 9. — in einem die qualificirte Sachbeschädigung betreffenden Titel — behandelt die Anwendbarkeit des prätorischen Strafedicts über die Bestrafung von Beschädigungen, die bei Gelegenheit einer gemeinen Gefahr, als Brand, Erdbeben oder bei Schiffbrüchen begangen sind, und Ulpian läugnet die Anwendbarkeit auf den Fall, wo Jemand zur Rettung seines eigenen Hauses ein Nachbarhaus eingerissen hat, weil es hier an dem criminellen dolus fehle. Aus demselben Grunde finde auch die aquilische Klage nicht statt. Es handelt sich also auch hier nur um die criminalrechtliche Seite des Falles. Sehr interessant ist in dieser Stelle aber die Polemik gegen Labeo, welcher ein judicium gewähren wollte und zwar „et meo nomine et familiae“,

---

1) Man könnte fragen, ob hier nicht richtiger die actio directa neg. gest. Platz greife nach L. 6 § 3 D. de neg. gestis 3, 5. wenigstens gegen die Schiffer, oder, wenn der Schiffseigenthümer selber die Kappung des Taues angeordnet hat, gegen diesen? Da indessen der fragliche Eingriff in die fremde Vermögenssphäre hier im Rechtssinne nicht als ein unbefugter erachtet wird, so scheint die Analogie der actio contraria der Sachlage besser zu entsprechen.

also sowohl wenn der Eigenthümer des geretteten Hauses selbst, als auch wenn dessen Angehörigen oder Sklaven das Haus niedergerissen haben. Labeo würde sich danach in Widerspruch mit der Ansicht befinden, welche in L. 29 § 3 cit. als die Seinige referirt wird. Man könnte eine Lösung dieses Widerspruches etwa in der Weise versuchen, daß Labeo nur den Conflict quantitativ erheblich ungleicher Güter als einen exculpirenden Nothstand betrachte, in dem Falle der L. 3 § 7 D. cit. aber einen Conflict wesentlich gleicher Güter voraussetze. Ich möchte aber glauben, daß Labeo, wenn er ein judicium gewähren will, nur an die reipersecutorische Seite der Klage denkt, und einen Ersatzanspruch gegen den Eigenthümer für begründet erachtet, weil dieser auf Kosten des Nachbars vor Schaden bewahrt geblieben war. Damit würde denn auch die Haftung desselben „et familiae nomine" wohl stimmen, die doch der Pönalklage — wenigstens der unbeschränkten und nicht blos de peculio intendirten — gegenüber sonst schwer zu begründen sein möchte. Hält man nun mit dieser Stelle noch die L. 7 § 4 D. quod vi aut clam zusammen, wo die Einrede: „quod incendii defendendi causa factum non sit" sowohl dem interdictum quod vi aut clam als der actio legis Aquilia gegenüber nur unter der Voraussetzung statuirt wird, daß das niedergerissene Haus sonst jedenfalls durch das Feuer zu Grunde gegangen sein würde, wogegen si ignis eo usque non pervenisset wenigstens simpli litem aestimandam,

(Schmidt, emend. simpliciter litem aestim.
Mommsen restit: [eum quocum agatur quod vi aut clam damnandum in id quod interest, vel si damni injuria cum eo actum esset] simpli litem aestimandam)

sonach also die Schadensersatzklage allerdings statthaft bliebe,

und nur alles pönale Element durch den Nothstand völlig abgestreift würde, so kann aus den beiden von Schaper citirten Stellen m. E. nicht mehr entnommen werden — und insoweit trifft denn auch das Citat des Seewurfs zu — als daß der Nothstand die civilen Pönalklagen gegen den Thäter als solchen ausschließt, keineswegs daß der Anspruch auf Schadensersatz schlechthin wegfällt. Diese Wirkung des Nothstandes ist indessen als eine eigentlich civilrechtliche kaum anzusehen, da es sich dabei um eigentlich criminelle und nur in civilrechtlicher Form ausgeübte Functionen handelt. Wenn wir aber die Frage stellen, ob und welche Wirkungen der Nothstand civilrechtlich übe, so haben wir dabei das dem Civilrecht eigenthümliche Gebiet gegenüber dem eigenthümlich criminalrechtlichen im Sinne. Im Criminalrecht handelt es sich um die im Interesse der nothwendigen Coexistenz Aller erforderliche Repression der gemeingefährlichen Triebe der Einzelnen, im Civilrecht um den zur Erreichung der Lebenszwecke der Einzelnen für diese erforderlichen Spielraum und die nothwendige wechselseitige Assistenz der zusammenlebenden Menschen; im Criminalrecht um das, was verboten, im Civilrecht um das, was erlaubt ist, daher im Criminalrecht nur Verbote und Strafen, im Civilrecht Gewährung von Ansprüchen und Begründung von Verpflichtungen. Dementsprechend würde dasselbe rechtserzeugende Moment, sofern es auf beiden Gebieten zur Wirksamkeit gelangt, auf dem Gebiet des Criminalrechts sich nur als Freiheit von Verbot und Strafe, auf demjenigen des Civilrechts entweder als Befreiung von einer Verpflichtung und Aufhebung des entsprechenden Anspruches oder als Begründung eines Anspruches und einer diesem correspondirenden Verpflichtung geltend machen. Civilistisch, als Befreiung von einem Anspruche, wirkt nun allerdings der Nothstand schon, wenn die Verpflichtung des Thäters zum Schadensersatze ex

delicto wegfällt. Diese Wirkung hat aber immer noch einen criminalistischen Beigeschmack, indem eben nur das Delict negirt wird und die Verbindlichkeit zum Schadensersatze ex delicto auf Seiten des Verpflichteten noch immer die Bedeutung einer poena hat. Auf dem engsten und eigentlichsten civilrechtlichen Gebiete würde sich dagegen der Nothstand geltend machen, wenn er Ansprüche und ihnen correspondirende Verpflichtungen zu schaffen im Stande wäre. In der That läßt es sich nun m. E. erweisen, daß der Nothstand im Civilrecht gerade in dieser constitutiven Richtung seine Wirkung übt. Es ist das Institut der Enteignung, in welchem sich das Princip des Nothstandes ausprägt und practisch geltend macht, und zwar fasse ich dabei den Begriff der Enteignung in einem weiteren Sinne, als der technische Ausdruck „Expropriation" bezeichnet, (welcher letztere nur eine besondere Species des Ersteren befaßt,) indem ich den Satz aufstelle:

> Sobald zwei rechtlich geschützte Güter dergestalt mit einander in Conflict treten, daß die ungeschmälerte Ausübung des einen Rechts, bez. der Schutz des einen Guts nur auf Kosten des anderen geschehen kann, zugleich aber der durch die formelle Behauptung je des einen Rechts für das andere bedingte Nachtheil auf beiden Seiten ein der Art oder dem Umfange nach erheblich verschiedener ist, so entsteht zu Gunsten der Erhaltung des höheren Gutes bezw. zur Abwendung des unverhältnißmäßig größeren Schadens für den so Gefährdeten ein Anspruch auf Enteignung des geringeren Gutes gegen volle Entschädigung, und zwar auf gänzliche oder theilweise, definitive oder vorübergehende Enteignung, je wie es der Zweck der Erhaltung des größeren Gutes erfordert.

Ich glaube diesen Satz begründen zu können durch den

Hinweis auf eine zwar in der Zahl beschränkte, aber in der individuellen Thatbestandsgestaltung mannigfaltige Reihe von Aussprüchen und. Entscheidungen in unseren Quellen, denen jenes Princip zu Grunde liegt, ferner auf die Entwickelung, welche die Rechtspraxis in Anknüpfung an einige dieser speciellen Entscheidungen genommen hat, und endlich darauf, daß im täglichen Leben Fälle vorkommen, für welche eine den Rechtssinn nach allen Seiten hin befriedigende Lösung, wie ich glaube nur auf Grund jenes Satzes gefunden werden kann.

Ich wende mich zunächst zu den ersterwähnten Aussprüchen unsrer römischen Juristen, und hebe hier in erster Linie hervor:

1) den bekannten Fall des tignum junctum.

Wenn mein Baumaterial ohne meinen Willen in ein fremdes Haus oder einen fremden Weinberg verbaut ist, so ist nach den Grundsätzen des Accessionsrechts zwar formell mein bisheriges Eigenthum in dem Eigenthum am Hause u. s. w. untergegangen, aber materiell macht es sich dadurch geltend, daß ich mit der actio ad exhibendum zunächst die Trennung meiner Materialien aus ihrem gegenwärtigen Verbande würde bewirken und alsdann mein vom Bann der Verbindung befreites Eigenthum mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln würde verfolgen können.

Hier soll ich aber, um die Zerstörung des Hauses abzuwenden, mich mit einer Abfindung in Gelde begnügen und zwar selbst dann, wenn der Verbauer wissentlich, diebischer Weise, mein Material verwandt, und sich angeeignet hat. — Die Controversen, ob auch der gutgläubige Verwender des fremden Materials oder nur der Dieb zur Abwendung der actio ad exhib. als Schadensersatz das d u p l u m leisten müsse, ferner ob der Eigenthümer des tignum damit definitiv abgefunden sei, oder im Falle späterer Trennung sein Recht noch geltend

machen könne, interessiren uns hier nicht. Fest steht in jedem Falle, daß das Eigenthumsrecht an dem einzelnen Materialstück vor einem stärkern Interesse zurücktreten und sich die Verwandlung in eine Geldforderung gefallen lassen muß. Als das stärkere und siegreiche Interesse bezeichnen die Digestenstellen bei Gebäuden „ne urbs ruinis deformetur“ und „ne vinearum cultura turbetur“ bei Weinbergen. Die entsprechende Institutionenstelle aber sagt einfach und ehrlich: ne aedificia rescindi necesse sit. In der That bedarf es auch nicht des Hereinziehens des hier doch immerhin etwas problematischen Bedürfnisses des Gemeinwohls, sondern das quantitativ erheblich überwiegende Interesse des Hauseigenthümers resp. Weinbauers, dessen Schade beim Ausbrechen des Materials in keinem Verhältniß stehen würde zu dem Interesse des Materialeigenthümers am Behalten dieser individuellen Vermögensstücke von meist fungibelem Charakter rechtfertigt die Nöthigung des Letzteren sich mit dem Ersatz des Werths des Materials zu begnügen.

Cf. auch Puchta in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Aeltere Folge Bd. 11 S. 342.

2) Sehr nahe dem soeben erörterten Falle, — von dem er beinahe eine Umkehrung bildet — steht der Fall der L. 7 pr. D. de religiosis; 11, 7.

> Is qui intulit mortuum in alienum locum aut tollere id quod intulit, aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem;

wonach also demjenigen, der unbefugtermaßen einen Leichnam in fremdem Grund und Boden bestattet hat, die Wahl gelassen wird, ob er den Leichnam wieder ausgraben und so die Grabstelle dem Verkehr und der Disposition des Eigenthümers zurückgeben oder den Letzteren mit Geld entschädigen will.

Modern gesprochen gestattet hier also das Gesetz die Er-

propriation des fremden Grundstücks aus Rücksicht auf ein religiöses Interesse, welches sich auch in manchen andern Beziehungen als siegreich erweist gegenüber bloß vermögensrechtlichen Rücksichten (cf. z. B. L. 1 § 8; L. 4 in fine, L. 8 pr. L. 14 § 1 D. l. 43 in f. D. 11, 7.) Daß in dem Falle der L. 7 pr. cit. nicht etwa ein öffentliches, sondern ein privates religiöses Interesse entscheidend ist, ergiebt sich aus dem Umstande, daß dem Inferenten die Wahl bleibt, ob er den Leichnam transferiren oder die Grabstätte expropriiren will. Es kann also nur das subjective religiöse Gefühl des Einzelnen sein, welches mit dem Vermögensrecht in Conflict gedacht und dem Letzteren gegenüber geschützt wird, so daß auch dieser Fall ganz und voll dem Privatrecht angehört.

3) In gleicher Weise verhält es sich mit dem Recht des Nothweges zu einem sepulcrum, welches L. 12, § 1 D. de religiosis anordnet. Wer keinen Weg zu seinem sepulcrum hat, kann die Abtretung eines Weges von dem Eigenthümer des Grundstücks, welches er nothwendig betreten muß, um zu dem Grabe zu gelangen, gegen volle Entschädigung erlangen und nach vorgängiger causae cognitio erzwingen.

4) Wie hier die Rücksicht auf das religiöse Gefühl und Bedürfniß, so ist es in § 4 J. de donationibus; 2, 7 der favor libertatis, d. h. die Anerkennung des höheren Ranges des absoluten Gutes der persönlichen Freiheit, welche die Verpflichtung des Miteigenthümers eines Sklaven, dem der condominus für seinen Theil die Freiheit geschenkt hat, begründet, gegen Entschädigung für seinen Antheil am Vermögenswerth des Sklaven auf sein Eigenthumsrecht zu verzichten, damit der Sklave völlig frei werde.

5) Fast könnte es scheinen, als ob der bekannte Fall der tabula picta in den Quellen ebenfalls als ein Enteignungsfall behandelt würde. Bekanntlich waren hier die römischen

Juristenschulen sehr verschiedener Ansicht, nach welcher Richtung hin sie das Princip des Accessionsrechts zur Anwendung zu bringen hätten, und es siegte die Meinung der Proculejaner, denen es absurd vorkam, wenn eine Malerei des Apelles einer gemeinen Holztafel gegenüber als Nebensache betrachtet werden solle. Was nun diesen Fall, wie gesagt, einem Enteignungsfalle zum Verwechseln ähnlich macht, ist der Umstand, daß dem Eigenthümer der Tafel eine utilis vindicatio gegeben wird, welche der Maler durch Erstattung des Werths abwenden kann. Das sieht aus wie eine dem Maler blos eingeräumte Befugniß zur Enteignung. — Die eigentliche Bedeutung dieser utilis vindicatio hat indessen Jhering in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 1. S. 138 fl. überzeugend nachgewiesen und es ist nicht zu bezweifeln, daß das Eigenthum an der Tafel durch die Herstellung des Gemäldes dem bisherigen Eigenthümer verloren und dem Schöpfer des Gemäldes erworben wird. Der Fall gehört also nicht hierher. Aber durch eine leichte Veränderung des Thatbestandes läßt er sich so umgestalten, daß weder Accessions- noch Specificationstheorie Platz greifen, sondern ein Conflict entsteht, der nur durch Enteignung gelöst werden kann. Werfen wir zunächst einen Blick zurück auf die Motivirung der Proculejanischen Entscheidung, so konnte den Juristen nicht wohl verborgen bleiben, daß es der Werth allein nicht thut. Der werthvollste Edelstein, und wäre er durch Schneiden zu einem fast unschätzbaren Kunstwerk ersten Ranges erhoben, in einen schlichten Ring gefaßt, verliert sich in das Eigenthum am Ringe als der begriffsbestimmenden und also principalen Sache. Bei der Auffassung der Proculejaner und Justinians wird daher die Erwägung nicht unbetheiligt geblieben sein, wie nahe der Fall der Specification steht, mit welcher ihn denn auch Dankwardt (Nationalökonomie und Jurisprudenz Heft I, S. 37) gleich-

stellt. Und in der That verschwindet in dem Begriffe des Gemäldes, bei welchem man von selbst ein rohstoffliches Substrat als nothwendigen Träger der Farben miteinbegreift, die Vorstellung des Letzteren völlig. Man scheidet in dem Begriffsganzen „Gemälde" nicht mehr die Tafel und den Farbenauftrag, beide sind Eins geworden. Ein Gemälde ist etwas wesentlich anderes als ein Brett, als ein Stück aufgespannte Leinewand [1]), dagegen der Ring bleibt ein Ring vor wie nach Einsetzung oder Wegnahme des Steins, er entspricht an und für sich schon dem Begriffsganzen. (So möchte denn auch die Entscheidung in betr. der tabula picta sehr anders ausfallen, sobald die Tafel nicht mehr die Bedeutung bloßen Rohstoffes hat, sondern z. B. als Deckel oder Thür eines Schmuckschreins dient.) Denken wir uns nun einmal, Raphael hätte seine Madonna della sedia anstatt auf einen Faßboden — wie eine mehr pikante als beglaubigte kunstgeschichtliche Anekdote besagt — auf die Schnittfläche eines 20 Fuß langen Baumstammes gemalt. Die ungeheure Werthdifferenz zwischen Gemälde und Material bliebe im Wesentlichen dieselbe, und es erschiene hier sicherlich nicht minder absurd, die Malerei Raphaels dem gemeinen Holzstamm gegenüber als Nebensache zu betrachten. Gleichwohl würde man billig Bedenken tragen, den Rechtssatz von der tabula picta hier schlechthin so zur Anwendung zu bringen, daß der Maler als Eigenthümer des ganzen Stammes angesehen würde mit der Verpflichtung, den bisherigen Eigenthümer des Letzteren zu entschädigen. Die Arbeit des Malers hat hier nicht wie bei der bemalten Tafel eine einheitliche Sache hergestellt, in welcher die Materialien,

1) Das ist bei uns schon in der sprachlichen Bezeichnung gegeben, die römische Sprache freilich denkt Sabinianisch, wenn sie in dem Ausdruck: tabula picta den Stoff als Hauptsache voranstellt und die Bemalung nur als eine Eigenschaft des Letzteren behandelt.

aus denen sie besteht, aufgehen, sondern das Resultat ist eine so zu sagen unorganische Verbindung zweier Sachen, einer Malerei mit einem Baumstamm, die nicht zu einem Begriffsganzen verschmelzen. Hier greift daher sowenig der Begriff der Specification (oder diese doch nur hinsichtlich der Farbendecke) als derjenige der Accession Platz, eine Veränderung im Eigenthume findet somit nicht Statt. Beide Eigenthümer können Trennung ihrer Sache aus dem Conglomerat verlangen, aber da die Farbendecke ohne ein sie tragendes Substrat nicht abgelöst werden kann ohne sie zu zerstören, so entsteht ein Conflict, zu dessen Lösung man dem Eigenthümer der Malerei den Anspruch gewähren muß, gegen Entschädigung Abtretung einer Scheibe des Stammes von der Dicke, wie sie zur Conservation des Bildes erforderlich ist, zu verlangen. — Doch wir haben damit eigentlich dem Gange unserer Erörterung vorgegriffen und wenden uns zurück:

6) Zu einer Reihe gleichartiger Fälle, in denen das römische Recht — bezeichnend: das spätere — Enteignung gestattet.

a) **L. 1 u. 2 C. ut nemini liceat; 10, 27.** Hier wird die Befugniß, in Zeiten einer Theuerung Getreidevorräthe zu expropriiren ausgesprochen und geregelt.

b) **L. 9 C. de operibus publicis; 8, 12.** Bezieht sich auf die zu Gunsten öffentlicher Bauten gestattete Expropriation von Privathäusern

c) **L. 2 C. pro quibus causis 7, 13;** giebt dem Staate das Recht, Sklaven, die sich durch Entdeckung von Falschmünzern verdient gemacht haben, zu expropriiren um sie mit dem Bürgerrecht belohnen zu können.

d) **L. 2 D. de his qui sui vel alieni 1, 6** und **§ 2 J. eodem 1, 8** zwingen den **dominus**, der seine Sklaven brutal

behandelt hat, dieselben zu verkaufen, quia expedit reipublicae, ne quis sua re male utatur.

e) Vielleicht gehört hierher auch die Bestimmung in L. 2 u. 3 C. de quadrienn. praescript. 7, 37, wonach der Eigenthümer einer vom fiscus veräußerten Sache dieselbe nicht vindiciren und den fiscus in die Lage, Eviction leisten zu müssen, bringen darf, sondern sich mit einer Forderung an den fiscus auf Entschädigung begnügen muß.

f) Endlich noch L. 14 § 1 D. quemadmad. servitus amittatur, wo gesagt ist, daß zur Herstellung eines durch Naturgewalt unterbrochenen öffentlichen Weges der Anlieger von seinem Lande soviel zur Herstellung des Weges erforderlich abtreten muß. Die Stelle spricht nicht von einer Entschädigung des Abtreters. Möglich wäre es, daß nach römischem Staatsrecht in solchem Falle die Abtretung schlechthin als eine Bürgerpflicht angesehen wäre, deren Last der Anlieger mit den Vortheilen der Nähe des öffentlichen Weges zu compensiren hätte. Möglich aber auch, daß eine Entschädigung wie im Falle des L. 12 D. de relig. erfolgte, von der zu reden an dieser Stelle blos keine Veranlassung war, wo zunächst lediglich der Unterschied der via publica und privata rücksichtlich des Einflusses zerstörender Naturereignisse hervorgehoben werden sollte. Keller (Pandecten § 114) spricht dem Anlieger eine Entschädigung zu, einfach unter Bezugnahme auf L. 14 D. cit.

Allen diesen unter Ziffer 6 zusammengestellten Fällen ist gemeinsam, daß sie nicht sowohl Conflicte von Privatrechten, als solche zwischen Privatrechten einer- und öffentlichen Interessen andrerseits zur Grundlage haben. Sie bilden den Ausgangs- und Anknüpfungspunct für die heutige Expropriation im technischen Sinne, auf welche wir weiter unten zurückkommen werden, indem wir uns nunmehr zur Erörterung der

weiteren Entwicklung der aus dem römischen Recht angeführten Nothstandsfälle in der Rechtspraxis wenden.

Hier ist in erster Linie zu nennen die durch die Praxis eingeführte Erweiterung des römischen Nothweges für ein sepulcrum zu einem Nothwege schlechthin, zu dem Anspruche des Grundeigenthümers, dessen Grundstück durch Umlagerung fremden Eigenthums ganz unzugänglich oder so schwer zugänglich ist, daß ohne Abhülfe die Nutzung desselben unmöglich oder doch werthlos sein würde, auf Einräumung eines Weges seitens desjenigen Anliegers, der dadurch am wenigsten beeinträchtigt wird, gegen volle Entschädigung.

Hier liegt der Conflict und seine Lösung in seiner reinsten Gestalt vor Augen, insofern einestheils nicht einmal qualitativ verschiedene sondern rein quantitativ verschiedene, beiderseits durchaus der Privatrechtssphäre angehörige Güter in Conflict treten, und andrerseits dieser Conflict ohne jegliches Hereinspielen andrer öffentlicher Interessen — als eben des Interesses des größtmöglichen Rechtsschutzes und Wohlsverwirklichung — dahin gelöst wird, daß das entgegenstehende mindere Recht, hier die Freiheit des Grundbesitzes von jeder fremden Mitbenutzung gegenüber dem gesammten realen Gehalt des Eigenthums, in dem zur Erreichung des Zweckes mindesterforderlichen Umfange zurücktritt und sich in tantum in eine Entschädigungsforderung verwandelt. — Im System wird der betr. Rechtssatz, sofern er nicht bei den Servituten unter deren Entstehungsgründeu abgehandelt wird, gewöhnlich zu den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen gestellt. Hiergegen ist weiter nichts einzuwenden, als daß derselbe dadurch wie die übrigen Fälle der gesetzl. Eigenthumsbeschränkungen als eine Singularität erscheint, deren rechtliche Bedeutung auf ihr eigenstes Gebiet beschränkt bleibt, anstatt daß er als Anwendung eines höheren und somit eines über den individuellen Thatbe-

stand hinaus wirksamen Princips aufzufassen wäre. Auf diesem Princip — dem Nothstandsprincip — beruhen in der That die meisten der s. g. Legalservituten, bei denen dem Eigenthümer bald eine in seinem Eigenthumsrecht begründete Prohibition, bald eine Disposition entzogen ist, weil und insoweit durch stricte Ausübung seines Rechts einem Andern ein unverhältnißmäßig größerer Nachtheil erwachsen würde, als jenem die Unterlassung verursacht. Wenn hier in keinem Falle von einer Entschädigung des beschränkten Eigenthümers die Rede ist, so hat das seinen Grund wohl darin, daß theils die dem Letzteren zugemutheten Zugeständnisse im einzelnen Anwendungsfalle von so vorübergehender Bedeutung sind, daß ein zu Gelde schätzbarer Schaden gar nicht eintritt, theils aber der Ersatz in der Reciprocität der Concessionen gegeben ist, indem der heute mit seinem formellen Recht Zurücktretende morgen das Gleiche von seinem Nachbar, demselben oder einem Andern, zu fordern in der Lage ist. Wo namentlich der erstere Grund nicht zutrifft, haben sich particularrechtliche Eigenthumsbeschränkungen auch in der Weise ausgebildet, daß der Eigenthumsbeschränkung ein Anspruch auf volle Entschädigung entspricht. In dieser Beziehung mögen die von Bluntschli, Dtsch. Priv. Recht § 87 Ziffer 2 sub b und c aufgeführten Fälle hier namhaft gemacht werden:

„b) die Verpflichtung zu Brunnenleitungen den erforderlichen Raum gegen volle Entschädigung zu gewähren.

c) die Verpflichtung der Eigenthümer landwirthschaftlicher Grundstücke im Interesse der Wiesenwässerung oder von Triebwerken die offene Durchleitung des Gewässers über ihren Boden zu gestatten, allerdings ein erheblicher Eingriff in das Eigenthum zu Gunsten einer bessern Cultur, eben darum aber auch gewöhnlich compensirt durch eine erhöhte Entschädigung des belasteten Eigen-

thümers. In neuerer Zeit scheinen diese beiden Dienstbarkeiten der Brunnen- und offener Wasserleitung, welche früher selten anerkannt waren, allgemeiner zu werden."

Dieser Erweiterung des beschränkten römischen Nothwegrechtes stellt sich alsdann ferner an die Seite das Institut der Expropriation im technischen Sinne, welches, wie oben bereits bemerkt, in einzelnen Anwendungen schon im römischen Kaiserrecht bekannt, im modernen Rechtsverkehr zu voller Ausbildung gelangt ist und dessen Princip gewiß in zutreffender Weise von Thiel (Expropriationsrecht und Expr.-Verfahren S. 3 u. 12) dahin angegeben wird, daß „jedes schwächere Recht dem stärkeren weichen muß überall wo beide collidiren" und daß der Staat, der als die höchste juristische Persönlichkeit ebenso unerläßliche Bedürfnisse habe als der Privatmann, seine Bedürfnisse dadurch befriedigen müsse, daß er das zu seiner Existenz Unentbehrliche da nehme, wo er es finde, wenn er es auf gütlichem Wege nicht erwerben könne, indem das Recht des Staats, weil er das Recht der Gesammtheit repräsentire, von Allen das Stärkste sei, dem gegenüber das Recht des Einzelnen, der nur einen unendlich kleinen Bruchtheil des Ganzen bilde, stets als das schwächere erscheine. — Ueber diesen Grund des Expropriationsrechts, obwohl er keineswegs überall in gleicher Schärfe hervorgehoben wird, ist heutigentages wohl kaum Streit. Die Controversen der Lehre interessiren uns hier nicht, wo es nur auf die Constatirung der Anwendung und zwar einer außerordentlich umfänglichen Anwendung des Nothstandsprincips ankommt.

Nur als besondere, schon früh selbständig entwickelte, Gestaltungen der Expropriation wären hier noch zu erwähnen die im Bergrecht gewährten Ansprüche auf freies Schürfen gegen Entschädigung und auf die Abtretung der zum Abbau des gefundenen Minerals erforderlichen Grundfläche, ferner die

im Deichrecht den Deichbaupflichtigen gegebene Befugniß, im Nothfall fremdes Material gegen Entschädigung zu verwenden. (cf. Häberlin im Arch. für Civilist. Praxis Bd. 39 S. 34).

Was diese Expropriation im engern Sinne von den vorhin erörterten reinprivatrechtlichen Enteignungsfällen auszeichnet, ist daß es sich bei jener nicht mehr nothwendig oder nicht einmal gewöhnlich um die Abwendung eines unverhältnißmäßig größeren positiven Schadens durch das Opfer geringeren Gutes handelt, sondern daß schon die Rücksicht auf einen zu erwerbenden Vortheil, ein bloßes Nützlichkeitsinteresse, welches als dem Staate oder einer Gemeinde zustehend sich von höherer Bedeutung als das formelle Recht des Einzelnen erweist, im Conflict mit dem Letzteren den Sieg davon trägt. Das Princip ist indessen überall dasselbe, und nur die seine Anwendung in den Fällen der Expropriation im engeren Sinne eine ausgedehntere, und wegen der Dehnbarkeit des Begriffes „öffentliches Bedürfniß“ und „öffentliches Interesse“ bedarf es hier zum Schutze des Privatrechts besonderer Garantien durch die Gesetzgebung, während bei der rein privatrechtlichen Enteignung zum Schutze des gefährdeten höheren Gutes die richterliche causae cognitio ausreicht.

Wenn wir so sehen, wie einer Mehrheit von gesetzlichen Entscheidungen im äußeren Thatbestande sehr verschiedenartig gestalteter Fälle dasselbe Princip zu Grunde liegt, und wie ferner die Praxis die Anwendung dieses Princips in Anknüpfung an einzelne jener Fälle immer mehr zu verbreitern bestrebt gewesen ist, so sind wir nach den für die wissenschaftliche Entwickelung des Rechtsstoffes maßgebenden Grundsätzen der Rechtsanalogie[1]) m. E. befugt, dem als solches erkannten ge-

1) Und zwar ungeachtet des in L. 162 D. d. R. G. 50, 17 und L. 14, 16 D. de legibus 1, 3 für die Rechtsauslegung aufgestellten

meinsamen oberen Princip eine über die speciellen Fälle hinausreichende Bedeutung zu vindiciren und dasselbe als einen das Gebiet des Civilrechts beherrschenden Rechtssatz so zu formuliren, wie wir oben gethan haben. In dieser Annahme kann es uns nur bestärken, wenn wir im täglichen Leben Gestaltungen und Complicationen der Verkehrsverhältnisse begegnen, denen nur auf Grund unseres Nothstandsprincips und unter Annahme eines Enteignungsfalles eine befriedigende Lösung abzugewinnen ist. Einen solchen Fall werde ich hier in Kürze vorführen und erörtern [1]).

Grundsatzes. Denn abgesehen davon, daß die Ansichten der römischen Juristen über Auslegung des Rechts für uns nicht weiter bindend sind, als die Macht ihrer inneren Wahrheit reicht (cf. Savigny, System § 47 bis 49 und Sintenis Pract. Civilrecht § 6 Note 21) so ist auch der römische Grundsatz, wie ich glaube, überhaupt nur von der Gesetzesanalogie zu verstehen, jedenfalls trifft er für die Rechtsanalogie nicht zu. Denn während bei jener eben die Singularität des Falles Bedenken erregen muß, dem wenn auch vielleicht richtig erkannten Princip eine über die vom Gesetzgeber vorausgesetzte thatsächliche Gestaltung hinausgehende Anwendung zu geben, fällt dieses Bedenken weg, sobald die Anwendung desselben Princips in mehrfachen und unter sich weiter in keiner Gemeinschaft stehenden Fällen sich erkennen läßt, wo also das Abweichende und Besondere der individuellen Thatbestände sich als etwas für den allgemeinen Thatbestand der Anwendung jenes Princips rechtlich Gleichgültiges characterisirt und daher berechtigtermaßen die Folgerung Platz greift, daß schon, wo immer nur dieser allgemeine Thatbestand sich wiederfinde, auch die Anwendung jenes Princips eintrete.

1) Ich wähle gerade diesen Fall zu einer etwas eingehenderen Besprechung, weil er außerordentlich oft vorkommt und weil sich zu seiner Beurtheilung scheinbar andere Gesichtspunkte als näherliegend darbieten. Es bedarf indessen durchaus keiner Anstrengung der Phantasie, um auch andere Fälle zu finden, welche unsern obigen Satz fast noch unmittelbarer postuliren. Es stellt sich z. B. nach Vollendung eines Baues heraus, daß der Bauherr sich über die Gränzen seines Besitzthums geirrt hat und nun mit seinem Gebäude um ein Kleines auf fremden Baugrund übergreift. Soll nun der Eigenthümer des Letzteren durch Geltendmachung seines Eigenthumsrechts den Wiederabbruch des Gebäudes

Es kommt oft vor, daß beim Ablauf einer Wohnungsmiethzeit der Miether am Ausziehen behindert ist dadurch, daß entweder er selbst oder einer seiner Angehörigen so schwer erkrankt darnieder liegt, daß der Transport von einem Hause zum andern mit beträchtlicher Gefahr für Gesundheit und Leben verknüpft sein würde, oder auch dadurch, daß der Kranke so eben gestorben ist und noch als Leiche über der Erde steht. — Besonders in Städten und städtischen Ortschaften, wo regelmäßig ein Miether in die Fußstapfen des Andern zu treten hat, ergeben sich dann Schwierigkeiten und Stockungen, die sich in der Reihe der Wohnungswechselnden thatsächlich um so weiterhin bemerklich machen, je weiter die Berücksichtigung eines solchen Umstandes als Menschenpflicht empfunden wird. Rechtlich freilich beschränken sich die Wirkungen auf die drei unmittelbar Betheiligten: den zum Abziehen verpflichteten kranken Miether (A), den zuziehen wollenden neuen Miether (Z) und den gemeinschaftlichen Vermiether (V), denn den bisherigen Vermiether des Z geht es nichts an, ob und aus welchem Grunde dieser kein neues Unterkommen findet, und der neue Vermiether des A hat seinen Anspruch auf das Miethgeld, einerlei ob A zuzieht oder nicht. Meistentheils werden die so entstehenden Schwierigkeiten durch allerseitige menschenfreund-

---

durchsetzen können oder muß er sich gegen vollständige Entschädigung zur Abtretung seines Rechts in tantum, wenigstens zur Einräumung einer Superficies verstehen? Ich glaube, daß von dieser Alternative ein Jeder die zweite bejahen wird, dem die Combinationen des lebendigen Rechtsverkehrs etwas Anderes bedeuten als algebraische Gleichungen. Ich zweifele nicht, daß römische Juristen „ne aedificium rescindi necesse sit", den beeinträchtigten Nachbar auf die litis aestimatio verweisen würden, wieviel mehr Grund hat der deutsche Jurist, dessen nationale Rechtsanschauung den privatrechtlich souveränen, privilegirt selbstsüchtigen pater familias nicht kennt, sondern den Einzelnen auch in seinen privatrechtlichen Beziehungen als Glied eines gesellschaftlichen Organismus betrachtet, das sein Recht vom Gemeinwohl zu Lehen trägt.

liche, wenn auch mit Murren gewährte, Nachgiebigkeit beseitigt, so daß nur Unbequemlichkeit, aber kein eigentlicher Schade entsteht. Daher mag es kommen, daß dieser Fall so wenig in den Lehrbüchern als in den Präjudiciensammlungen berührt wird, während doch die rechtliche Entscheidung der im Streitfall sich aufwerfenden Fragen keineswegs so ganz einfach etwa aus dem über das Miethverhältniß im Besondern oder dem obligatorischen Verhältniß im Allgemeinen geltenden Recht sich ergiebt. Es fragt sich nämlich:

1. Kann wegen des fraglichen Hindernisses des A die Räumung der Wohnung, insoweit jenes Umstands wegen die Weiterbenutzung derselben für ihn erforderlich ist, rechtlich mit Grund verweigern?

2. Ist V dem Z gegenüber außer Verantwortlichkeit?

3. Wer hat den aus dem Unterbleiben der rechtzeitigen Räumung für V und Z erwachsenden Schaden zu tragen?

Die erste Frage wird Jeder zu bejahen bereit sein. Es handelt sich nur um die rechtliche Begründung. Man wird hier zunächst an die Grundsätze über Unmöglichkeit der Leistung denken, wonach der Schuldner, wenn nach Entstehung der Obligation die Erfüllung, sei es objectiv, sei es auch nur subjectiv ohne seine Schuld unmöglich wird, frei wird, (bei temporärer Unmöglichkeit während der Dauer der Letzteren), und nur bei verschuldeter Unmöglichkeit auf das Interesse haftet. — Allein diese Auffassung der Sache erweist sich bald als unzulänglich. Zunächst läßt sich die Unmöglichkeit doch nicht so ohne Weiteres zugeben. Physisch möglich bleibt vielmehr die Räumung unter allen Umständen. Wenn der Kranke die Schmerzen ertragen, wenn er oder seine Angehörigen die Verschlimmerung seines Zustandes mit allen Folgen riskiren wollen, so kann die Räumung geschehen. Es wird sich auch nicht einmal sagen lassen, daß ein solcher Wille

als ein unsittlicher unbedingt nicht zu statuiren sei. Noch fast entschiedener tritt dies in dem Falle hervor, wenn der Kranke soeben vor dem Räumungstermin verstorben ist und nur noch nicht hat beerdigt werden können. Man wird auch hier den Hinterbliebenen das Verbleiben mit der Leiche in der Wohnung bis zur Beerdigung verstatten wollen, obwohl an sich doch gewiß der Leichnam zunächst in die neue Wohnung geschafft werden könnte. So darf denn von einer wirklichen Unmöglichkeit (mit einer einzigen unten zur Sprache kommenden Ausnahme) schwerlich die Rede sein. Wollte man aber auch die der Räumung entgegenstehenden begründeten Bedenken einer wirklichen Unmöglichkeit rechtlich gleich achten, so kommt doch ferner regelmäßig hier nicht blos das obligatorische Band zwischen Vermiether und Miether und die daraus entspringende Obligation auf Räumung in Betracht, sondern fast immer steht dem Vermiether als Eigenthümer oder als publicianischem Besitzer auch ein dinglicher Anspruch zu, vermöge dessen er die Räumung der Wohnung erzwingen kann und dem gegenüber es einer positiven Begründung des Anspruches auf fernere Detention bedarf, einer Begründung, die sich aus dem beendigten Miethsverhältnisse natürlich nicht gewinnen läßt. Wollte man hier etwa einwenden, auch das dingliche Recht gestalte sich im Verhältnisse des Berechtigten zu demjenigen, der es durch Eingriffe und Vorenthaltung verletzt, zu einem persönlichen Anspruche auf Herstellung des dem Recht entsprechenden thatsächlichen Zustandes, und dieser Anspruch sei obligatorischer Art und den Lebensbedingungen der Obligation unterworfen, so würde das doch wenig nützen. Damit würde der Eigenthümer höchstens insoweit abzuweisen sein, als er positive Räumungshandlungen des A in Anspruch nimmt, aber keineswegs würde Jener dadurch gehindert, in dem Hause kraft seines dinglichen Rechts als Herr zu schalten und zu

walten und dadurch thatsächlich die Räumung zu bewerkstelligen, auch rücksichtlich der Personen wenigstens indirect zu erzwingen. So erweist sich denn der Versuch, das einstweilige Verbleiben in der Wohnung auf die Grundsätze von der Unmöglichkeit der Leistung zu basiren, in jeder Weise als unzureichend.

Vielleicht könnte man nun der Sache dadurch beizukommen versuchen, daß man etwa folgendermaßen argumentirt: Es ist, wie keiner Begründung bedarf, ein Gebot der Menschlichkeit, welches vom Vermiether resp. Eigenthümer der Wohnung verlangt, dem bisherigen Miether das Verbleiben in der Wohnung so lange zu gestatten, als die Räumung derselben mit Gefahr für Leben und Gesundheit des Miethers oder eines seiner Hausgenossen verknüpft ist, in gleicher Weise ein Gebot der Menschlichkeit und des bei allen Völkern heilig gehaltenen Respects vor dem Tode, die Ruhe des Todten und die frische Trauer der Hinterbliebenen nicht zu stören. Als ein solches Gebot der Menschlichkeit und der Religiosität gehört es allerdings zunächst dem Gebiet der Moral an, welches mit dem des Rechts sich keineswegs überall deckt, aber doch nur insofern weiter ist, als das Recht nicht alle Gebote der Moral mit der Macht seiner Executive bekleidet und zu Rechtsansprüchen, actiones, erhebt, wogegen es allerdings solchen, formell in der Logik des Rechts begründeten, Ansprüchen die Wirksamkeit versagt, deren Durchführung ein zwingendes Gebot der Moral verletzen, „contra bonos mores" sein würde. Die Form, unter welcher so das Recht den Anforderungen der Moral Eingang verschafft ist regelmäßig die exceptio doli, und mit dieser Einrede also würde A den V, mag dieser mit der Contraktsklage oder mit der dinglichen Klage auftreten, sowie jeden dritten Eigenthümer so lange zurückweisen als das Hinderniß dauert. Gegenüber dem Einwande: dolum non committit, qui jure suo utitur, würde vielleicht die regelmäßig diesem

Satze beigefügte Einschränkung, daß die Ausübung eines Rechts zur Chicane nicht gestattet werde, einen Anhalt für die Annahme gewähren, daß unter Umständen das formelle Recht in Geboten der Sittlichkeit seine Gränze und seine Zügelung finde.

Allein bei näherer Betrachtung zeigt sich doch, daß auf diesem Wege zuviel bewiesen würde, und daß daher auch diese Deduction noch nicht die richtige sein kann. Man kann die ganze obige Argumentation kurz zusammenfassen mit den Worten: Es geht nicht, daß der Hausherr den Kranken austreibt, weil es unbarmherzig sein würde. — Aber ist es etwa nicht auch unbarmherzig, wenn ein reicher Gläubiger seinen vielleicht ohne Schuld verarmten Schuldner bis auf das Letzte auspfänden läßt und dem Bettelstabe nahe bringt? Oder wenn der Hausherr seinen bisherigen Miether, der — vielleicht wegen allgemeiner Wohnungsnoth oder wegen notorischer Zahlungsunfähigkeit — keine Wohnung hat wiederfinden können, in rauher Jahreszeit an die Luft setzt, obwohl er ihm noch länger Obdach geben könnte, wenn er nur wollte? Gewiß kann das sehr unbarmherzig sein, und doch wird es füglich Keinem einfallen, deshalb den Gang Rechtens zu hemmen. Die Barmherzigkeit ist also kein juristisch brauchbarer Factor, und die Lösung des Problems muß auf anderem Wege gesucht werden.

Betrachten wir zunächst noch die beiden andern Fragen, so beantwortet sich die zweite: Ist V dem Z gegenüber außer Verantwortlichkeit? allerdings — sobald man die erste bejaht, — unschwer auf Grund dessen, was über die Unmöglichkeit der Leistung gilt. Wenn V wegen des seinerseits rein casuellen Umstandes der Krankheit des A die Räumung der Wohnung rechtlich nicht erzwingen kann, so ist er dem Z für dessen Schaden nicht verantwortlich.

Um so mißlicher sieht es wiederum mit der dritten Frage aus, wer den Schaden zu tragen hat? Daß V und Z hier den Schaden

leiden und A auf ihre Kosten den Vortheil der Weiterbenutzung der Wohnung genießen soll, kann doch unmöglich das Rechtsgefühl befriedigen. Stellt man sich hier auf den Standpunkt der Unmöglichkeit der Leistung, so würde A zwar, wenn er die Krankheit verschuldet hat, aber auch nur dann, dem V, zu dem er in Contractsverhältnissen stand, zum Schadensersatz verpflichtet sein. Allein wie selten würde sich dies nachweisen lassen, zu wie peinlichen, lächerlichen, vergeblichen Erörterungen und Untersuchungen würde der Versuch eines Nachweises meistens führen? Dem Z wäre aber auch so nicht zu helfen, da er ja zu A in keinem obligatorischen Nexus stand. — Vielleicht könnte dem V in analoger Anwendung der L. 13 in fine D. locati 19. 2 ein Anspruch auf eine der Zeit der Weiterbenutzung entsprechende — prout quisque habitaverit — Rate des früheren Miethgeldes, oder auch, da der heutige Verkehr keine angebrochene Miethzeiten gelten läßt, die frühere Miethe bis zum nächsten Wechseltermin zugesprochen werden. Damit wäre wohl meistens sein Schade gedeckt aber keineswegs immer; man nehme den Fall, er hatte erheblich theurer wiedervermiethet, oder behufs Umbauten Contracte mit Bauhandwerkern abgeschlossen. — Z geht immer leer aus, und vielleicht ist gerade sein Schaden der größte.

Alle diese Fragen aber lösen sich übereinstimmend und in einer, wie wenigstens mir scheint, durchaus befriedigenden Weise, wenn man das rechtlich entscheidende Moment des Falles in dem Conflict zwischen einem bloßen Vermögensrecht und einem in der Schätzung der Rechtsordnung höher stehenden Gute, welches durch formelle Ausübung des Ersteren in seinem Bestande dringend gefährdet würde, erkennt, einem Conflict, der zum Schutz des gefährdeten höheren Gutes ein Enteignungsrecht gegen Entschädigung begründet.

Damit ist zunächst für die Bejahung der ersten Frage der

bisher vermißte positive Grund und Boden gefunden: das Enteignungsrecht des A, welches er — processualisch gedacht — sowohl angriffs- als vertheidigungsweise geltend machen kann. Letzterem scheinen allerdings die Erkenntnisse mehrerer oberster Landesgerichte zu widersprechen;

Seuffert: VI. 156; XIII. 211; XIV. 114.

welche den Anspruch auf einen Nothweg nicht als eine Einrede gegen die actio confessoria zulassen wollen. Gegen die bedingungslose Richtigkeit dieser Entscheidung hege ich einige Bedenken. Freilich berührt der Anspruch auf den Nothweg den mit der actio negatoria zu verfolgenden Eigenthumsanspruch in seinem Fundament so wenig, daß im Gegentheil die rechtliche Begründetheit des Letzteren das unerläßliche Fundament des Ersteren bildet. Nichtsdestoweniger steht Dieser der practischen Geltendmachung Jenes m. E. entgegen, der Negatorienkläger sollte den begründeten Anspruch des Anderen ohne Proceß und ohne imploratio judicis anerkennen, und wenn er die Klage dennoch erhebt, so kann ihm — quia dolum committit qui petit quod redditurus est — die exceptio doli generalis opponirt werden. Nur ist hier allerdings zu bedenken, daß der zur Einräumung eines Nothwegs Verpflichtete vorgängige Entschädigung verlangen kann — wie das aus der Natur der Sache folgt und bei der Expropriation im engern Sinne überall sich als feststehender Rechtssatz herausgebildet hat — und so lange dem Negatorienkläger die Entschädigung ohne seine Schuld nicht geleistet ist, kann er die exceptio mit der replica doli zurückschlagen, also sein Eigenthumsrecht gegen die Ueberwegungsansprüche des Gegners practisch geltend machen[1]). — Ein vorgängiges, die

1) Läge z. B. der Fall so, daß dem Negatorienkläger vor dem Proceß bereits eine ausreichende Entschädigung angeboten und auf seine

Enteignung suspendirendes, Entschädigungsverfahren kann aber selbstverständlich nicht Platz greifen, wo das im Conflict prävalirende Recht ein irreparables, unbedingt und in continenti zu schützendes ist, gegen welches jedes blos vermögensrechtliche Interesse zurücktreten kann und muß, wie das bei der Gefahr für Leib und Leben eines Menschen der Fall ist: hier muß die Enteignung immer sofort eintreten und die Ermittelung des Schadensersatzes folgt nach,

> cf. auch für das Expropriationsverfahren im engeren Sinne: Thiel a. a. O. S. 184; Haberlin im Archiv für civ. Praxis Bd. 39 S. 217 u. 218; S. 204. S. 156 (Abs. 2 von unten) S. 34 unten.

es ist daher auch nicht zu bezweifeln, daß im vorliegenden Falle der Enteignungsanspruch die Abweisung des gegnerischen Eigenthumsanspruches im Wege der Einrede bewirkt.

Das dem A zustehende Enteignungsrecht geht aber nicht nur zeitlich sondern auch räumlich nicht weiter, als der Nothstand und das durch ihn angezeigte Bedürfniß reicht. — A muß also sobald und soweit räumen als die nothwendige Rücksicht auf den Kranken dies gestattet; inwieweit das der Fall, bleibt natürlich immer eine quaestio facti.

Die zweite Frage, betreffend die Freiheit des V von Verantwortlichkeit gegen Z beantwortet sich wie bereits bemerkt, danach ebenfalls ohne Weiteres bejahend.

Ebenso aber ist endlich für einen vollständigen Schadensersatzanspruch und zwar nicht nur des V sondern auch des Z die rechtliche Basis gewonnen. Die Enteignung richtet sich sowohl gegen das Recht des V aus seinem Eigenthum, bezw. Contract, wie gegen das Recht des Z aus seinem Miethver-

---

Annahmeweigerung deponirt wäre, so fiele m. E. die replica doli weg und der Anspruch auf den Nothweg träte als wirksame exceptio doli der Klage entgegen.



trage; als Expropriant tritt, A auch zu Z in ein Rechtsverhältniß, welches einen Ersatzanspruch des Letzteren gegen A begründet. — Wir finden daher auch bei der Expropriation im engeren Sinne stets den Pächter oder Miether der enteigneten Sache als Expropriaten und folgeweise Entschädigungsberechtigten berücksichtigt.

cf. z. B. Thiel a. a. O. S. 50 ff.

Der von A zu leistende Schadensersatz kann auf diese Weise freilich ein recht beträchtlicher werden, das darf aber doch gewiß keinen Grund abgeben, den Schaden von ihm ab und dem V und Z zuzuwälzen. Es sind eben Consequenzen aus einem Zufall, der ihn betroffen hat, der ihn nöthigt eine fremde Wohnung zur Benutzung in Anspruch zu nehmen, was er so wenig unentgeltlich verlangen kann, als er die Dienste von Arzt und Apotheker unentgeltlich verlangt. Er mag sich überlegen, ob er eher die Leibes- und Lebensgefahr riskiren, oder lieber die Sicherheit durch eine Vermögenseinbuße erkaufen mag, das ist ein Punkt, den er lediglich mit sich selbst und event. seinem Gewissen abzumachen hat. — Bei gehöriger Beschränkung der Enteignung auf das räumlich und zeitlich nöthige Maaß wird sich übrigens auch der Schaden und der zu leistende Ersatz meistens sehr verringern, ja wird er nicht selten ganz schwinden.

Ich habe, als ich oben die Frage, ob von einer befreienden Unmöglichkeit der Leistung die Rede sein könne, erwog und sie verneinte, bereits angedeutet, daß in einem Falle allerdings eine Unmöglichkeit zu statuiren sei. Ich hatte dabei den Fall im Sinne, wenn von der Polizeibehörde die Räumung der Wohnung begr. der Transport des Kranken oder des Leichnams verboten wird, weil man Ansteckung fürchtet — oder auch vielleicht aus andern Gründen, z. B. Besorgniß vor Volksunruhen. Es ist außer Zweifel, daß hier die Räumung, zu der A vielleicht sehr bereit sein würde, weder

durch dingliche noch persönliche Klage erzwungen werden kann, da sich das Verbot nicht nur gegen A sondern gegen Jeden richtet, in dessen Macht es stehen würde, die Räumung herbeizuführen. Gerade aber in diesem Falle ist es ganz offensichtlich, daß es sich um eine Enteignung und zwar um eine E. im engeren Sinne handelt, wo denn der Staat, resp. die Gemeinde in deren Interesse das Verbot erfolgte, der Expropriant und der zur Schadloshaltung Verpflichtete ist.

Schließlich muß ich noch einen Einwand berühren, der gegen die obige rechtliche Construction des Falles erhoben werden möchte, als beweise auch sie zu viel, und treffe Fälle, in denen ein Enteignungsrecht nicht werde statuirt werden können und sollen. Man könnte fragen: Wie, wenn ein Miether sich zur Zeit, wo er räumen soll, aus irgend einem Grunde durchaus kein anderweites Unterkommen hat verschaffen können, und nun schlimmstenfalls mit Gefahr für seine und der Seinigen Gesundheit im Freien campiren müßte, wäre nicht auch hier ein Nothstand anzuerkennen, der ihn berechtigte, die Räumung der Wohnung zu verweigern? Keineswegs, der Obdachlose bedarf nur im Allgemeinen einer Wohnung, nicht gerade derjenigen, in welcher er sich bisher befunden hat, ein Conflict eines Rechts höherer Ordnung mit dem Eigenthumsrecht gerade des bisherigen Vermiethers liegt also gar nicht vor, während der oben erörterte Fall sich eben dadurch characterisirt, daß der Miether die Wohnung, in der er sich gerade befindet, nicht verlassen darf, diese also noch fernerhin zu benutzen genöthigt ist. Wäre deshalb der A, welcher zur Miethwechselzeit nach einem andern Orte überzusiedeln gedachte, durch die Krankheit zwar gehindert, sich von einem Orte zum andern, nicht aber von einem Hause zum andern transportiren zu lassen, so müßte er ohne Zweifel räumen,

und bliebe es ihm überlassen, sich in dem bisherigen Wohnort einstweilen ein anderweites Unterkommen zu verschaffen.

Soweit der zu erörternde practische Fall. —

Induction und Synthese führen somit, wie ich meine, zu demselben Satze, und so glaube ich denn, mich zu der Ueberzeugung bekennen zu dürfen, daß das auf dem Nothstandsprincip basirende Institut der Enteignung als ein in jedem Sinne practisches, nicht nur als ein in zahlreichen speciellen Fällen bereits anerkanntes und angewandtes, sondern auch als ein über diese Fälle hinaus anwendbares und zur Vollständigkeit des Rechtsapparats unentbehrliches wird anerkannt werden müssen. — Im System des Privatrechts würde demselben m. E., da es sich für und gegen Rechte jeglicher Art in wesentlich gleicher Weise wirksam erweist, seine Stelle im allgemeinen Theile, und zwar bei der „Lehre von der Veränderung und Beendigung der Rechte im Allgemeinen" anzuweisen sein. Dabei darf ich noch darauf hinweisen, daß der den Begriff des Nothstandes darstellende Conflict von Rechten verschiedenen Ranges etwas wesentlich Anderes ist, als die in den Lehrbüchern erörterte Collision von Rechten, die sich nach den Regeln: melior conditio possidentis; prior tempore potior jure; in andern Fällen durch Loos oder Turnus entscheiden soll. Denn hier handelt es sich um Rechte Mehrerer auf dasselbe Object, dort um mehrere auch gegenständlich selbständige und verschiedene Rechte, deren gleichzeitige factische und practische Durchführung ohne Gefährdung des höherstehenden derselben nicht möglich ist.

Wenden wir uns nun zum Schluß zu unserm Ausgangspunct zurück und fragen wir nach einer Formel, welche den Parallelismus der Wirkungen des Nothstandes im Civilrecht und im Criminalrecht richtig ausdrückte, so werden wir sagen dürfen: Im Criminalrecht verliert im Conflictsfall das ge-

ringere Recht seinen criminalrechtlichen Schutz, im Civilrecht seinen civilrechtlichen, hier aber nur insoweit, daß es die Durchsetzbarkeit in seiner genuinen Form einbüßt, und sich ganz oder theilweise die Surrogation durch seinen auf Geld zurückgeführten Vermögenswerth, eventuell selbst die Verwandlung in eine Ersatzforderung gefallen lassen muß.

Hälschner und Schaper, so weit ihre Ansichten auch auseinander zu führen scheinen, haben dennoch, richtig und cum grano salis verstanden, beide Recht: Hälschner wenn er sagt: wegen jeder im Nothstand verübten Beschädigung finde ein Schadensersatzanspruch statt — d. h. nicht gegen den Thäter als solchen, sondern gegen denjenigen, dessen Gut durch das Opfer erhalten worden ist — und Schaper wenn er sagt: im Civilrecht falle der Schadensersatzanspruch fort, wenn zur Erhaltung eines höheren Gutes ein geringeres geopfert werden mußte — d. h. der Schadensanspruch ex delicto gegen den Thäter als solchen, unbeschadet jedoch des Anspruches gegen Denjenigen, dessen Gut durch das Opfer erhalten worden ist.

Wenn Hälschner den Ersatzanspruch damit begründet, daß die im Nothstande begangene Entschädigung stets civiles Unrecht sei, so kann ich dieses Argument, wenigstens diesen Ausdruck, nicht für glücklich gewählt halten. Denn wenn, wie ich glaube, im Nothstande ein rechtlicher Anspruch auf Verwendung des geringeren fremden Gutes zur Erhaltung des höheren eigenen statuirt werden muß, so könnte die eigenmächtige Durchsetzung dieses Anspruchs nur aus dem Gesichtspunkte des Verbots der Selbsthülfe als ein Unrecht erscheinen, und zwar als ein criminelles, dessen pönale Wirkungen — soweit sie überall im heutigen Recht noch anzuerkennen sind — eben durch den Nothstand wieder getilgt werden. (cf. L. 10 § 16 D. quae in fraud. credit; 42, 8 und Windscheid Pand. § 123). Was Hälschner unter civilem Unrecht versteht, der

Eingriff in subjective Rechte ohne Opposition gegen die Rechtsordnung, ist m. E. nicht als Unrecht zu bezeichnen, wenn und soweit der Eingriff auf einem durch das objective Recht gewährten und anerkannten Anspruche beruht. —

Ein durchgreifender Unterschied aber bleibt zu constatiren zwischen dem Nothstand im Civilrecht und im Criminalrecht. Das Letztere erkennt einen Nothstand mit der ihm eigenthümlichen Wirkung schon an, wenn auch nur qualitativ und quantitativ gleiche Rechte collidiren, während im Civilrecht nur bei qualitativ ungleichen, oder bei quantitativ erheblich verschiedenen sich der Enteignungsanspruch begründen läßt, abgesehen davon, daß derselbe bei gleichen Gütern practisch illusorisch wäre, da sich die zu leistende Entschädigung für das fremde Gut und der eventuelle Schade am eigenen Gut aufwiegen würden. —

Diese Differenz scheint auf den ersten Blick geeignet das ganze moderne Nothstandsprincip zu verdächtigen, insofern dasselbe auf den Conflict gleicher Güter nicht paßt. In der That liegt aber doch die Sache so: auch im Criminalrecht ist der Conflict gleicher Güter etwas wesentlich Verschiedenes von dem Conflict ungleicher Güter. Nur in letzterem Falle gereicht der Nothstand zur Rechtfertigung, im ersteren lediglich zur Entschuldigung. Dies aber mit Recht deshalb, weil auch im Conflicte gleicher Güter jedem das Seinige als das ihm Werthvollere erscheint, eben weil es das Seinige ist. Diesen menschlich entschuldbaren Egoismus darf und muß das Recht berücksichtigen, insoweit es nur darauf ankommt, ob in der That im Handelnden eine Auflehnung gegen die Rechtsordnung selbst zu befinden ist. Es verhält sich hier ähnlich wie mit der Nothwehr, die innerhalb der Gränzen der nothwendigen Vertheidigung den Handelnden rechtfertigt, aber ihn noch entschuldigt, wenn er in Bestürzung, Furcht oder

Schrecken jene Gränzen überschritten hat. Das subjective Moment der Nothwehr und des Nothstandes liegt noch vor, es fehlt nur am objectiven. — Die Zulassung eines entschuldigenden Nothstandes im Conflict blos gleicher Güter läßt daher noch nicht auf einen logischen Fehler in der rechtlichen Construction der Bedeutung des criminellen Nothstandes schließen.

VI.

Ueber die Verpflichtung zur Rechnungsablage.

Von

Dr. O. Bähr.

§ 1.

Die Lehre von der Verpflichtung zur Rechnungsablage hat in Theorie und Praxis bisher nur eine geringe Ausbildung gefunden.

Blicken wir auf den Stand unserer Rechtsquellen, so wird allerdings im römischen Recht das „rationes reddere“ vielfach erwähnt. Die Rechnungsablage wird als eine allgemeine Pflicht aller Verwalter fremden Vermögens bezeichnet [1]). Insbesondere wird es als eine Pflicht des Vormunds hingestellt, „rationes conficere et pupillo reddere“ [2]). Es werden häufig Fälle besprochen, in welchen letztwillig eine Rechnungsablage erlassen oder deren Bewirkung als Bedingung der Freilassung eines Sclaven gestellt war; wo dann die Frage erörtert wird, was unter dieser Erlassung oder der auferlegten Bedingung begriffen zu erachten sei [3]). Aus einer

---

1) l. 46 § 4 D. de procur (3, 3). l. 2. D. de neg. gest. (3, 5)

2) l. 1 § 3. D. de tut. et rat. (27, 3).

3) l. 69 § 4. D. de evict. (21, 2). l. 8 § 5. l. 9. l. 31 § 2 D. de liber. leg. (34, 3). l. 32 l. 81 pr. l. 111 D. de cond. et dem. (35, 1). l. 37 D. de fideicom. libert. (40, 5). l. 5. l. 6 § 7. l. 12.

Reihe dieser Stellen geht klar hervor, daß die Rechnungsablage nichts anderes sei, als eine Vorbereitung für eine materielle Vermögensherausgabe (reliqua reddere, solvere, exigere). Eine eingehende Erörterung aber, was eigentlich die Rechnungsablage ihrem innern Wesen nach bedeute, findet sich meines Wissens nirgends.

Diesem dürftigen Stande der Quellen entspricht im Allgemeinen auch die Behandlung der Lehre in unserer heutigen Theorie. Schlägt man das Wort „Rechnungsablage“ in dem Register unserer neueren Lehrbücher auf, so findet man dasselbe in den meisten gar nicht. Gelegentlich wird wohl gelehrt, daß der Verwalter fremden Vermögens, der Vormund u. s. w. zur Rechnungsablage pflichtig sei. Was das aber bedeute, scheint als selbstverständlich vorausgesetzt zu werden. Nur einige ältere Lehrbücher widmen der „Verpflichtung zur Rechnungsablage“ einen selbständigen Paragraphen [4]), wobei sie aber meistens nicht weit über den Inhalt des Quellen-Materials hinausgehen.

In der Praxis dagegen spielt die Verpflichtung zur Rechnungsablage eine ziemlich bedeutende Rolle. Die Praxis ist dabei meistens auf ihren natürlichen Takt verwiesen; und je nachdem dieser mehr oder minder vorwaltet, fallen die Entscheidungen mehr oder minder gut aus. Weil man die Rechnungsablage regelmäßig in einer bestimmten Form, nach den Regeln des s. g. Rechnungsstiles, sich vollziehen sieht, hält

---

l. 13 § 2. l. 31 § 1. l. 40 pr. § 3 § 8. D. de statuliberis. (40, 7). l. 22 D. de manum. test. (40, 4).

4) So Schweppe, röm. Privatrecht I § 209. Mühlenbruch Doctr. Pand. I § 133. Seuffert Prakt. Pandectenrecht II § 347. — Eine Abhandlung bei Leyser: de redditione rationum, Med. Spec. 677, bespricht vorzugsweise das Verhältniß öffentlicher Rechnungsführer, und ist ziemlich werthlos.

man vielfach diese Form für das Wesen der Sache, während letzteres doch von der Form ganz unabhängig ist. Wo man aber auch, tiefer blickend, bereits anerkannt hat, daß das Wesen der Rechnungsablage in einer Auskunftsertheilung besteht, hat man sich doch öfters nicht klar gemacht, daß in der Rechnungsablage eine Auskunft begehrt wird, nicht wie ein Zeuge sie ertheilt über etwas ihm selbst Gleichgültiges, sondern eine Auskunft, welche den Zweck hat den Rechnungssteller selbst materiell haftbar erscheinen zu lassen, so daß die Verpflichtung zur Rechnungsablage von dieser materiellen Verpflichtung überall getragen wird. Darauf beruht denn auch der höchst wesentliche, aber vielfach mißachtete Unterschied zwischen Einnahme und Ausgabeposten. Ebenso ist man nicht im Klaren über das Maß der Genauigkeit, mit welcher die in der Form der Rechnungsablage zu gewährende Auskunft zu ertheilen sei. Und endlich ist die Praxis meistens in der größten Verlegenheit, wenn es sich darum handelt, eine Verurtheilung zur Rechnungsablage zu vollziehen, da alle gewöhnlichen Vollziehungsmittel an der Natur dieser Verpflichtung scheitern.

Es soll versucht werden, durch diesen Aufsatz in allen diesen Beziehungen größere Klarheit über die Sache zu verbreiten.

§ 2.

Die Bedeutung der Verpflichtung zur Rechnungsstellung ist nicht zu verstehen, wenn man nicht auf die allgemeinen Pflichten der Parteien im Proceß zurückgeht. Der Regel nach liegt jeder Partei es ob, diejenigen Thatsachen, welche zur nähern Begründung der von ihr (klagend oder einredeweise) geltend gemachten Rechtsverhältnisse dienen, mit derjenigen Genauigkeit darzulegen, welche man überhaupt in menschlichen Verhältnissen für den geschäftlichen Verkehr begehren

kann, sowie ferner auf Grund dieser Thatsachen ihre Ansprüche qualitativ und quantitativ genau zu formuliren. Die Nöthigung hierzu hat den doppelten Zweck: einmal, die Gegenpartei in die Lage zu setzen, sich bestimmt auf die Behauptungen und die Ansprüche ihres Gegners erklären zu können; und sodann, auch den Richter in die Lage zu setzen, die Behauptungen in ihrer Erheblichkeit zu prüfen, über die bestrittenen Beweis zu fordern, und endlich die von ihm auszusprechende Verurtheilung genau zu begrenzen. Von diesen processualischen Pflichten kann eine Partei auch nicht etwa deshalb entbunden werden, weil sie zufällig nicht in der Lage ist, sie erfüllen zu können. Wenn ein Erbe klagend aufträte und sagte, er wisse, daß sein Erblasser dem Verklagten öfters Geld dargeliehen habe; es fehle ihm aber darüber an näheren Aufzeichnungen; er bitte deshalb, den Verklagten zu verurtheilen, selbst zu sagen, was für Darlehen er empfangen habe und wie viel er hiernach schulde: so würde der Kläger mit einer solchen Klage kein Gehör finden.

Es giebt aber Rechtsverhältnisse, in deren Natur es liegt, daß der Berechtigte nicht wissen kann, wie seine Ansprüche gegen den Verpflichteten thatsächlich sich begründen und begrenzen. Soll hier überhaupt das Recht geschützt werden, so muß ein Mittel gegeben sein, dem Berechtigten in anderer Weise, als vermittelst der eigenen Begründung und Formulirung seiner Ansprüche, die Rechtsverfolgung zu ermöglichen. Ein solches Mittel ist ihm gewährt, indem ausnahmsweise das Recht in Verhältnissen dieser Art denjenigen, gegen welchen die Ansprüche sich richten, verpflichtet, seinerseits mit Angabe der Thatsachen vorzugehen, welche die Ansprüche des Andern begründen[1]).

1) Auf ähnlichen Rücksichten beruht die Gewährung der actio ad exhibendum als Vorbereitungsmittel für dingliche Klagen. l. 1 l. 3 § 3. sq. D. ad exhib. (10, 4).

Diese Verpflichtung nennen wir — nach der Form, in welcher sie gewöhnlich erfüllt wird — Verpflichtung zur Rechnungsablage. Wo diese Form nicht paßt, brauchen wir den Ausdruck nur ein wenig zu ändern, um uns das Wesen der Sache klar zu erhalten, indem wir statt „Rechnungsablage" sagen: „Rechenschaftsablage."

Der Anspruch auf Rechnungsablage ist hiernach im Grunde genommen kein materieller, sondern ein processualischer, darauf gerichtet, daß der Verklagte darlege, was der Kläger aus dem betreffenden Verhältnisse zu fordern habe. Statt seinerseits mit Behauptungen vorzugehen, begehrt der Kläger vom Verklagten Geständnisse. Aber freilich steckt hinter diesem processualischen Anspruch der materielle Anspruch auf Herausgabe dessen, was es dem Kläger nach dem Ergebniß der Rechnungsablage herauserträgt, der Anspruch auf das „reliquum reddere". Dieser Anspruch ist selbstverständlich in jeder Klage auf Rechnungsablage mitbegriffen. Er bildet den materiellen Kern derselben.

Fragen wir, was für Rechtsverhältnisse es seien, in welchen der Kläger eine solche processualische Verpflichtung des Verklagten in Anspruch nehmen kann, so lassen sich dieselben auf die allgemeine Voraussetzung zurückführen, daß Jemand, berufen oder unberufen, fremdes Vermögen verwaltet oder fremde Geschäfte geführt hat. Hat Jemand Vermögen, welches mir gehört, in Besitz genommen, oder hat er Gelder für mich vereinnahmt, so kann ich natürlich nicht wissen, was und wie viel er mir daraus schuldig geworden. Er aber kann es wissen, und kann nicht ohne Arglist es mir hinterhalten wollen [1]).

1) Soweit der Geschäftsherr selbst dem Geschäftsführer Vermögen zur Verwaltung übergeben hat, muß er freilich dieses Vermögen kennen, und eine Rechnungsablage wird daher nicht über den Empfang dieses

Diese Voraussetzung tritt aber nicht blos ein in gewissen, dem Obligationenrecht angehörigen Verhältnissen, bei denen gewöhnlich gelehrt wird, daß der eine Theil dem andern zur Rechnungsablage verpflichtet sei (Mandat, negotiorum gestio, Vormundschaft u. s. w.). Sie kann auch dinglichen Ansprüchen gegenüber bestehen. So wird (nach der Praxis) derjenige, welcher verurtheilt ist, eine Sache mit den von ihm gezogenen Früchten herauszugeben, schuldig gehalten, über seinen Fruchtbezug Rechnung zu stellen. Vorzugsweise aber hat die Verpflichtung zur Rechnungsablage eine hohe Bedeutung und specifische Ausbildung gewonnen bei den Erbschaftsklagen [1]). Mit diesen letzten wollen wir für einen Augenblick vorweg uns beschäftigen.

§ 3.

Eine Erbschaft umfaßt die Gesammtheit derjenigen Gegenstände, welche zur Zeit des Ablebens eines Verstorbenen sich in dessen Besitz befunden haben — den Nachlaß. Um einen Nachlaß Jemandem abzuholen, muß man natürlich wissen, welche einzelne Gegenstände dazu gehören. Der Erbe, der noch gar nicht in den Besitz des Nachlasses gekommen ist, kann dies aber nicht wissen. Umgekehrt kann derjenige, welcher Nachlaßgegenstände an sich genommen, hierüber gewiß Auskunft geben. Daher die Verpflichtung des mit der hereditatis petitio Belangten, wenn er zur Herausgabe der Erbschaft verurtheilt wird, über den Bestand der in seinen Hän-

Vermögens, sondern nur über dessen weitere Verwaltung (Vermehrung oder Verminderung) gefordert werden können. Vgl. Seuffert Arch. 23 Nr. 188.

1) Schweppe sagt im Eingang des in Note 5 cit. §: „Jeder, welcher fremdes Vermögen in Händen hat, wie der Erbschaftsbesitzer, oder welcher fremde Geschäfte besorgt, wie der Mandatar, neg. gestor, Vormund, ist zur Rechnungsablage verbunden."

den befindlichen Nachlaßgegenstände Rechenschaft abzulegen. Gerade hierdurch charakterisirt sich auch noch im heutigen Rechte diese Klage als eine Universalklage. Der Kläger kann auf „Herausgabe der Erbschaft“ klagen, ohne in der Klage oder in einer spätern Liquidationsinstanz die einzelnen Gegenstände, welche er als „Erbschaft“ in Anspruch nimmt, bezeichnen zu müssen. Er darf erwarten, daß der Verurtheilte seinerseits mit dieser Bezeichnung vorangehe. Nur muß er natürlich, um diese Verurtheilung zu erwirken, den Verklagten als einen solchen qualificiren, der (muthmaßlich) in der Lage ist, „Erbschaft“ herauszugeben. Diese Qualification des Verklagten aber kann auf doppelter Grundlage beschafft werden.

Entweder prätendirt der Verklagte, Erbe selbst oder Miterbe zu sein. Dann genügt dieser, von ihm sich selbst beigelegte Beruf, von der Erbschaft Besitz zu ergreifen, für die Annahme, daß er auch als Erbe gehandelt und Erbschaftssachen an sich genommen. Er kann deshalb von dem wahren Erben auf Herausgabe der Erbschaft, über deren Besitzergreifung im Einzelnen er selbst Rechenschaft zu geben hat, belangt werden.

Oder der Verklagte nimmt nicht in Anspruch selbst Erbe zu sein. Dann muß ihm freilich, um ihn als zur „Herausgabe der Erbschaft“ pflichtig zu qualificiren, nachgewiesen werden, daß er überhaupt in die Erbschaft eingegriffen, also irgend welche Nachlaßgegenstände an sich genommen. Ist dies aber erwiesen, dann wird er wiederum nicht blos zur Herausgabe dieser Gegenstände, sondern überhaupt zur „Herausgabe der Erbschaft“ verurtheilt, mit der Verpflichtung, über Alles, was er aus der Erbschaft überkommen hat, Rechnung abzulegen [1]).

---

1) Ausnahmsweise ist jene Nachweisung nicht einmal nöthig. Eine weit verbreitete Praxis gestattet nämlich schon gegen Jeden, welcher in dem Sterbehause sich befunden, eine Klage „auf Leistung des Manifestationseides.“ (Vergl. Seuffert, Arch. VIII. 190. XVI. 265.

Nicht minder spielt die Verpflichtung zur Rechnungsablage eine wesentliche Rolle bei der Erbtheilungsklage. Da jeder Miterbe in gleicher Weise den Beruf hat, von der Erbschaft Besitz zu ergreifen, der eine Miterbe aber nicht wissen kann, was der andere in dieser Beziehung gethan: so braucht der Erbe, welcher gegen seinen Miterben auf Theilung der Erbschaft klagt, nur diejenigen Sachen als Gegenstand der Theilung zu bezeichnen, die er selbst etwa besitzt; wogegen er verlangen kann, daß sein Miterbe seinerseits die Sachen bezeichne, welche er aus der Erbschaft in Händen hat. So bildet sich auch hier durch gegenseitige Rechnungsablage für die Erbheilung das praktische Objekt.

§ 4.

Wenden wir uns nun zurück zu denjenigen Verhältnissen bei denen gewöhnlich allein von einer Verpflichtung zur Rechnungsablage geredet wird, weil hier dieselbe durch Aufstellung einer „Rechnung," d. h. eines Verzeichnisses von Einnahmen und Ausgaben mit gezogenem Facit, erfolgt. Wenn ich in einem Falle dieser Art „Rechnungsstellung" begehre, so begehre ich damit allerdings eine Aufzeichnung, worin mein Gegner Einnahmen und Ausgaben zusammenstellt. Mein eigentliches Interesse, und folgeweise auch mein Recht, besteht aber

---

XXI 265.). Diese Klage ist nichts anderes als eine Erbschaftsklage, gerichtet auf Herausgabe dessen, was der Verklagte etwa aus der Erbschaft sichangeeignet, worüber er in Form des Manifestationseides Rechnung ablegen soll. Denn der Manifestationseid, auf dessen Leistung geklagt wird, ist ja nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel, um den Verklagten zu nöthigen, einzugestehen, daß und welche Gegenstände aus dem Nachlaß er an sich genommen. Gestände er dies wirklich ein, so würde er sofort zur Herausgabe dieser Gegenstände zu verurtheilen sein, und damit die Klage ihr eigentliches Ziel erreichen.

doch nur darin, daß der Andere mir seine Einnahmen verzeichnet, weil diese allein es sind, welche meine Ansprüche wider ihn begründen. Um uns dieses sofort klar zu machen, brauchen wir nur einmal einen Fall zu unterstellen, wo Einnahmen gar nicht in Frage stehen. Wenn ich einem Handwerker, der für mich gearbeitet, dabei vielleicht auch Auslagen bestritten hat, sage: „Schicken Sie mir doch eine Rechnung," so begehre ich damit auch ein Ding, welches Rechnung heißt. Aber nimmermehr ist mein Begehren ein Anspruch auf Rechnungsablage. Denn ich begehre die Rechnung nur, um auf deren Grundlage in Güte einer Schuld mich zu entledigen. Wollte der Handwerker, ohne mir zuvor eine Rechnung geschickt zu haben, sein Guthaben gegen mich einklagen, so würde ich ihm erwidern dürfen: „Ich zahle die Schuld, aber keine Proceßkosten, da so lange Du mir keine Rechnung schicktest, ich nicht im Verzuge war." Die Pflicht, in einem solchen Falle eine Rechnung zu stellen, ist also keine andere, als die des Gläubigers überhaupt, den Schuldner, ehe er ihn verklagt, gehörig zu mahnen. Darauf, daß der Gläubiger diese Pflicht erfülle, hat aber der Schuldner keine Klage. Vielmehr erzwingt sich diese Pflicht von selbst dadurch, daß der Gläubiger, wenn er sie nicht erfüllt, keine Zahlung bekommt, und wenn er dann die Schuld einklagen sollte, in die Proceßkosten verurtheilt wird.

In gleicher Weise verhält es sich, wenn mir Jemand gegenüber steht, der sowohl Einnahmen als Ausgaben für mich gehabt hat. Hier sind es die Einnahmen, die ich vor Allem wissen muß, um einen materiellen Anspruch wider ihn zu erheben. Und um diese Einnahmen zu erfahren, steht mir der, nöthigenfalls im Wege der Klage verfolgbare, Anspruch auf Rechnungsablage zu. An Verzeichnung der Ausgaben dagegen habe ich nur insofern ein Interesse, als ich wünschen muß,

über diese Ausgaben und deren Abrechnung an den Einnahmen mit meinem Gegner in Güte mich zu verständigen, hierzu aber natürlich erforderlich ist, daß derselbe seine Ausgaben mir kund giebt. Thut er das nicht, so habe ich an deren Verzeichnung an sich kein Interesse, da sie ja nur dazu dienen, meine Ansprüche zu verringern. Ich bin dann in der Lage, die Einnahmen allein meiner Klage zu Grunde zu legen und deren Betrag unvermindert einzuklagen. Wendet dann mein Gegner ein, er habe auch Ausgaben gemacht, welche von den Einnahmen abgingen, und erbringt er diese Ausgaben noch nachträglich im Proceß: so muß ich mir das freilich gefallen lassen. Verlangt er aber, daß ich nun wegen dieser Minderung meines Klaganspruchs Proceßkosten bezahlen soll, so darf ich ihm erwidern: „Du hättest mir früher auf Ansuchen deine Ausgaben verzeichnen sollen; dann würde ich sie in Güte mir haben abrechnen lassen.“ Mit diesem Einwand werde ich seinen Anspruch auf Ersatz von Proceßkosten aus dem Felde schlagen.

Wohl aber liegt es im Interesse und im Rechte des Rechnungsstellers selbst, daß, wenn er seine Einnahmen verzeichnet, er diesen Einnahmen zugleich seine Ausgaben gegenüber stellt, um dadurch seine durch die Einnahmen begründete Schuld wieder aufzuheben oder zu mindern, oder auch nach Befinden den Ueberschuß der Ausgaben von mir heraus zu fordern. Stellt er nun so den Einnahmen die Ausgaben gegenüber, so bilden diese nicht minder wie jene einen Theil der Rechnung, über welche zu verhandeln ist. Dabei bewahren aber stets beide ihren eigenthümlichen Charakter. Die verzeichneten Einnahmen sind verpflichtende Zugeständnisse [1]). Die Ausgaben

1) Die Rechnungsstellung bildet in dieser Beziehung einen Anerkennungsvertrag.

sind Klagansprüche des Rechnungsführers gegen den Geschäftsherrn, wie alle andern auch.

Nichts aber hat auf die ganze Lehre von der Pflicht zur Rechnungsstellung so verwirrend gewirkt, wie der Umstand, daß man Verzeichnung von Einnahmen und Ausgaben unterschiedslos als deren Gegenstand sich gedacht hat. Eine der verkehrtesten Folgen dieser Verwirrung hat namentlich darin bestanden, daß man auch da, wo der Geschäftsherr gar keine Einnahme verzeichnet begehrte (weil er sie bereits kannte,) dennoch, lediglich um der Verzeichnung der Ausgaben willen, eine Klage auf „Rechnungsstellung" nicht allein zugelassen, sondern mitunter sogar als Vorbedingung für die Rechtsverfolgung des Geschäftsherrn gefordert hat. Das heißt die Processe nutzlos verdoppeln.

§ 5.

Soll eine gestellte Rechnung Werth haben, so muß sie eine gewisse Vollständigkeit besitzen. Und zwar muß sie vollständig sein in quanto und in quali.

Unter Vollständigkeit in quanto verstehe ich, daß nicht Rechnungsposten ganz fehlen.

Unter Vollständigkeit in quali verstehe ich, daß die einzelnen Posten eine so genaue Darlegung des ihnen zu Grunde liegenden Thatbestandes erhalten haben, als das Interesse des Rechnungsherrn erheischt. Man kann dies auch die Substantiirung der Rechnungsposten nennen. Daran knüpft sich ferner die Frage über das Erforderniß der s. g. Rechnungs-Belege.

Bei dieser ganzen Untersuchung tritt nun aber der Gegensatz zwischen Einnahme- und Ausgabeposten, und daß nur die ersteren den eigentlichen Gegenstand der Rechnungsablage bilden, entschieden hervor.

Bezüglich der Ausgabeposten hat der Rechnungsherr nicht das mindeste Interesse, daß der Rechnungssteller sie in

quanto vollständig verzeichne. Denn jedes Weglassen solcher Posten erhöht nur das Ergebniß der Rechnung zu Gunsten des Rechnungsherrn. Also wird man auch nicht von einem Rechte des Rechnungsherrn auf vollständige Verzeichnung dieser Posten in quanto reden können.

Auch bei der qualitativen Vollständigkeit dieser Posten ist zunächst nur der Rechnungssteller selbst interessirt, indem er durch gehörige Darlegung derselben hoffen darf, den Rechnungsherrn zu deren Anerkennung in Güte zu vermögen. Allerdings liegt ja eine solche gütliche Einigung auch im Interesse des Rechnungsherrn, und insofern kann dieser gewiß den Rechnungsführer auffordern, Ausgabeposten besser zu begründen. Aber ein Recht auf qualitative Vollständigkeit der Ausgabeposten wird man daraus für den Rechnungsherrn doch nicht ableiten wollen. Unterläßt der Rechnungssteller die Ausgabeposten in genügender Weise darzulegen, so hat ja der Rechnungsherr, um seine Interessen zu wahren, das allereinfachste Mittel in der Hand: er erkennt die unbegründeten Ausgabeposten nicht an, und klagt das Ergebniß der Rechnung ohne Rücksicht auf sie ein. Dann muß der Rechnungssteller einredeweise geltend machen: „ich habe noch die und die Ausgaben gemacht, die an der Rechnung abgehen". Und damit ernöthigt sich die Substantiirung dieser Ausgabeposten von selbst, da ja auch im Proceß der Rechnungsführer nur mit solchen Ausgabeposten durchlangen kann, die er genügend darlegt. Hätte er aber bei der vorgängigen Rechnungsstellung die genügende Darlegung unterlassen, so würde ihn, auch wenn er dieselbe nachträglich im Processe erbrächte, doch der Nachtheil treffen, daß er die durch deren gerechtfertigte Bestreitung veranlaßten Proceßkosten zu tragen hätte.

Auch die Beibringung von Belegen zu den Ausgabeposten liegt zunächst nur im Interesse des Rechnungsstellers

selbst, indem es ihm darum zu thun sein muß, durch diese Belege wo möglich in Güte den Rechnungsherrn von der Richtigkeit der Ausgabeposten zu überzeugen. Unterläßt der Rechnungssteller deren Beibringung, so hat wiederum der Rechnungsherr darin, daß er die Posten nicht anerkennt, das einfachste Mittel in der Hand, um den Rechnungssteller zum processualischen Beweise der Posten zu nöthigen.

Es kommt hierbei jedoch noch folgender weitere Gesichtspunkt in Betracht. Hat der Geschäftsführer durch seine Ausgaben Rechtsverhältnisse des Geschäftsherrn zu dritten Personen geordnet, also z. B. Schulden des Geschäftsherrn an Dritte bezahlt, dann kann es dem Geschäftsherrn nicht genügen, daß ihm über die geleisteten Zahlungen ein rein processualischer, vielleicht auch für seine eigene Ueberzeugung ausreichender, Beweis erbracht wird; sondern er kann auch verlangen, daß ihm vom Geschäftsführer die im Geschäftsverkehr üblichen Beweismittel geliefert werden, durch welche er in die Lage versetzt wird, den Dritten gegenüber die geleisteten Zahlungen nöthigenfalls zu erweisen. In diesem Sinne bildet also unter Umständen die Beibringung von Belegen zu den Ausgabeposten allerdings ein Recht des Rechnungsherrn. Aber es handelt sich dabei nicht um eine formelle Vollständigkeit der abgelegten Rechnung, sondern um einen Theil der materiellen Pflichterfüllung des Geschäftsführers. Hat dieser schuldvoll unterlassen, sich über die von ihm für den Geschäftsherrn geleisteten Zahlungen von den Zahlungsempfängern die im Geschäftsverkehr üblichen Beweismittel zu verschaffen, (also namentlich Quittungen geben zu lassen,) läuft deshalb der Geschäftsherr Gefahr, daß diese Zahlungen später von den Empfängern ihm abgeleugnet und dann nicht erwiesen werden könnten: so wird er verlangen dürfen, daß der Geschäftsführer diese Gefahr ihm abnehme, d. h. ihm Sicherheit dafür leiste, daß der Beweis der Zahlungen auch den Dritten gegen-

über werde erbracht werden. Die Verfolgung dieses Anspruchs gehört aber in das Defectur-Verfahren. Der Zwang wider den Rechnungsführer wird auch hier dadurch zu realisiren sein, daß, so lange er die schuldige Sicherheitsleistung nicht gewährt, die betreffenden Ausgabeposten ihm nicht zu Gute gerechnet werden.

Wo aber auch aus dem gedachten Gesichtspunkt der Rechnungsherr ein Recht darauf hat, daß der Rechnungssteller Ausgabe-Belege beibringe, wird dieser doch nicht eher solche dem Rechnungsherrn auszuhändigen brauchen, als bis derselbe die Ausgaben anerkannt und den Rechnungssteller entsprechend entlastet hat. Denn auch Belege dieser Art dienen in erster Linie dem Rechnungssteller selbst zur Sicherung seiner Rechte dem Rechnungsherrn gegenüber. Er genügt daher seiner Verpflichtung, wenn er letzterem einstweilen die Belege nur zur Einsicht offen legt [1]).

§ 6.

Eine ganz andere Bedeutung nimmt die Frage über die Vollständigkeit der Rechnung bei den Einnahmeposten ein.

Bezüglich dieser ist die Vollständigkeit in quanto geradezu eine Lebensfrage für die Pflicht zur Rechnungsstellung überhaupt. Es ist klar, daß, wenn derjenige, welcher zur Rechnungsablage schuldig erkannt wird, schon damit abkommt, daß er von 100 gemachten Einnahmen nur etwa 3 Posten in Rechnung stellt, oder daß er vielleicht gar in die Rechnung hineinsetzt:

Einnahme — 0.

damit die ganze Pflicht zur Rechnungsstellung eine leere wird. Soll diese Pflicht überhaupt Realität haben, so muß ein Mittel gegeben sein, welches den Rechnungssteller nöthigt,

1) Vgl. Seuffert Arch. XII. 138. XV. 124.

die Einnahmeposten vollständig zu verzeichnen, mindestens so vollständig, als er dazu im Stande ist. Was für ein Mittel dies sei und der Natur der Sache nach nur sein könne, darauf werde ich untern (§ 9) zurück kommen.

Verwickelter stellt sich die Frage über das Erforderniß qualitativer Vollständigkeit bei den Einnahmeposten. Hier könnte man zunächst davon ausgehen, daß an einer genaueren Darlegung dieser Posten der Rechnungsherr gar kein Interesse habe, weil ja diese Posten Geständnisse darstellen, welche auch ohne jede Darlegung des zu Grunde liegenden Verhältnisses den Rechnungssteller verpflichten. Dies letztere ist ohne Zweifel richtig. Der Geschäftsherr wird die verzeichneten Einnahmen ohne Rücksicht auf deren Substantiirung seiner Klage zu Grunde legen können.

Aber derselbe hat bei Verzeichnung der Einnahmen doch auch noch andere Interessen. Er will dieselben in einer Weise verzeichnet haben, daß er danach die Thätigkeit des Rechnungsstellers einer gewissen Prüfung unterwerfen, auch nach Befinden danach seine von dieser Thätigkeit berührten Verhältnisse zu Dritten bemessen kann. Habe ich also z. B. Jemandem die Verwaltung meines Landguts übertragen, so werde ich mich nicht damit zufrieden erklären, wenn mein Verwalter in Rechnung stellt:

für verkauften Roggen — 610 Thlr.
für verkauften Weizen — 427 Thlr.

u. s. w., sondern ich will auch wissen, wie viel Roggen und wie viel Weizen geerntet, und zu welchen Preisen im Einzelnen die Frucht verkauft ist, um danach bemessen zu können, ob mein Verwalter richtig gewirthschaftet. Habe ich Jemanden beauftragt, die Zinsen meiner ausstehenden Kapitalien zu vereinnahmen, so wird es mir nicht genügen, wenn mein Geschäftsführer lediglich die eingenommenen Beträge in Rechnung stellt, sondern

ich werde verlangen, daß er bei jedem gezahlten Betrag auch die zahlenden Schuldner namhaft mache, damit ich weiß, welche Schuldner gezahlt haben und welche noch im Rückstande sind. In diesem Sinne hat also der Geschäftsherr ein Interesse dabei, daß die Einnahmeposten nicht allein in quanto vollständig verzeichnet werden, sondern auch in quali eine gewisse Vollständigkeit besitzen; und der Anspruch hierauf ist ohne Zweifel in dem Anspruch auf Rechnungsablage mit begriffen.

Dieser Anspruch wird nun aber öfters in der Weise verfolgt, daß der Geschäftsherr, welcher eine seiner Meinung nach qualitativ unvollständige Rechnung empfangen hat, erklärt: „Die so gestellte Rechnung ist gar keine Rechnung; und ich bitte deshalb den Geschäftsführer zur Stellung einer andern bessern Rechnung zu verurtheilen.“ Eine solche Bitte ist schon deshalb verkehrt, weil es doch verständiger Weise nicht wohl in der Absicht des Geschäftsherrn liegen kann, den Vortheil, welchen ihm die, wenn auch schlecht gestellte Rechnung gewährt, wieder aus der Hand zu geben. Dieser Vortheil besteht darin, daß die Einnahmeposten, mögen sie auch noch so wenig substantiirt sein, doch stets Geständnisse enthalten, welche den Rechnungssteller auf die in Einnahme gesetzten Summen verpflichten. Würde nun aber die ganze Rechnung verworfen, so würde in der neuen Rechnung der Rechnungssteller diese Geständnisse zurücknehmen, und statt dessen hinein setzen dürfen:

Einnahme — 0.

Jene Bitte kann daher, wenn man sie dem wirklichen Interesse des Rechnungsherrn gemäß auslegt, nicht als auf eine ganz neue Rechnung, sondern nur als auf eine Vervollständigung der bereits gestellten Rechnung gerichtet angesehen werden.

Es ist hiernach die Frage zu prüfen: in welchem Maaße ist denn der Rechnungssteller verpflichtet, die gestellte Rechnung

— d. h. die verzeichneten Einnahmen — qualitativ vollständig zu liefern oder die gelieferten zu vervollständigen? Auch in dieser Beziehung bewegt sich die Praxis öfters in der irrigen Anschauung, als ob Vollständigkeit und Unvollständigkeit einer Rechnung formelle Begriffe seien, die sich absolut bemessen ließen; als ob sie Dinge seien, die man sofort äußerlich der Rechnung ansehen könnte. Eine Rechnung kann sehr wohl alles Wissenswerthe für die Betheiligten enthalten, ohne gleichwohl einem Dritten verständlich zu sein. Und umgekehrt kann eine Rechnung äußerlich vollständig erscheinen, und doch der inneren Vollständigkeit in jeder Richtung entbehren.

Die Frage über die qualitative Vollständigkeit der Rechnung ist keine Frage der Form, sondern sie betrifft die Materie. Sie ist immer nur concreter Erörterung fähig. Und zwar bemißt sich das, was in dieser Beziehung dem Rechnungssteller gegenüber gefordert werden kann, nach dem, was

einerseits der Geschäftsherr zu wissen ein Interesse hat,

und andererseits der Rechnungssteller an Auskunft zu geben im Stande ist.

§ 7.

Das Verfahren, welches der Rechnungsherr eröffnet, um den Rechnungssteller zu einer Vervollständigung seiner Rechnungsablage in quali zu veranlassen, bildet das s. g. Monitur-Verfahren; streng zu unterscheiden von demjenigen Verfahren, welches nach vollständig bewirkter Rechnungsablage (s. unten § 11) dazu dient, die abgelegte Rechnung in quanto zu ergänzen und zu berichtigen (Defectur-Verfahren). Das Monitur-Verfahren bildet nur eine weitere Verfolgung des Anspruchs auf Rechnungsablage; es will noch weitere Auskunftsertheilung als die bereits in der gestellten Rechnung

enthaltene vom Rechnungssteller erzielen. Und als letztes Mittel, diese Auskunft zu erzwingen, ist kein anderes gegeben, als das, welches überhaupt dazu dient, den Rechnungssteller zu nöthigen, bei seiner Rechnungsstellung bona fide zu verfahren (§ 9.) Das Defectur-Verfahren dagegen nimmt die abgelegte Rechnung als vollendete Thatsache zur Grundlage, ficht aber deren Ergebniß mittelst selbständiger neuer Behauptungen oder Ableugnungen an. Beide Verfahren müssen natürlich getrennt gehalten werden, wenn nicht der ganze Rechnungsproceß sich verwirren soll.

In jenem Monitur-Verfahren nun hat vor Allem der Rechnungsherr speciell zu sagen, in welcher Beziehung er die Posten der gestellten Rechnung für unvollständig dargelegt hält, und welche Vervollständigungen er deshalb begehrt. Es versteht sich von selbst, daß er dabei auch auf Unvollständigkeiten in Darlegung der Ausgabeposten, Mangel der Ausgabe-Belege u. s. w. hinweisen kann, um den Rechnungssteller zur Beseitigung dieser Mängel zu veranlassen. In dieser Beziehung steht aber der Rechnungssteller doch immer nur unter dem Präjudiz, daß sonst der Rechnungsherr die Ausgabeposten nicht anerkennt, und dann der Rechnungssteller dieselben im Defectur-Verfahren processualisch darlegen und beweisen muß. Das eigentliche Ziel des Monitur-Verfahrens, als eines Theils des Anspruchs auf Rechnungsablage, bilden daher stets nur die Einnahmeposten.

Zur Begründung der von ihm gestellten Fragen hat der Rechnungsherr, soweit sich sein Interesse nicht schon von selbst ergiebt, dieses darzulegen und glaubhaft zu machen. Gleiche Fragen, welche zu einer Mehrzahl von Posten zu stellen sind, können natürlich auch unter einer allgemeineren zusammengefaßt werden (monita generalia). Auch können aus der Beantwortung der ersten Fragen weitere Fragen als berechtigt sich

ergeben. Dagegen ist es nicht für geeignet zu halten, wenn der Rechnungsherr irgend einen Mangel der gestellten Rechnung beispielsweise hervorhebt, und nun auf dieser Grundlage bittet: „den Verklagten zu besserer Rechnungsstellung anzuhalten." Als ob es eine absolute Schablone für eine „gute Rechnungsstellung" gäbe!

Um klar zu machen, in welchem Sinne ich es verstehe, wenn ich für die qualitative Vervollständigung der Rechnung eine concrete Fragstellung begehre, will ich ein einfaches Beispiel wählen. Denken wir uns, ich habe Jemanden beauftragt, meine Kapitalzinsen einzunehmen, so wird er in der Regel seiner Verpflichtung als Rechnungssteller genügen, wenn er die Namen der Schuldner und die gezahlten Beträge aufzeichnet und mir vorlegt. Gesetzt, ich hätte aber zwei Schuldner desselben Namens, Christoph Müller, den einen zu A., den andern zu Z. wohnhaft, in der gestellten Rechnung stünde aber nur unter den Einnahmen:

Christoph Müller, gezahlte Zinsen — 100 Thlr.

so ist gewiß meine Frage berechtigt: ist der C. M., welcher gezahlt hat, der von A oder der von Z. gewesen? Nicht aber kann ich klagen: „Der Rechnungssteller hat zwar die Namen der Zahlenden, aber nicht deren Wohnort in der Rechnung aufgeführt. Ich bitte ihn deshalb zu besserer Rechnungsstellung anzuhalten." Denn die Frage, ob zur Vollständigkeit die Rechnung auch die Anführung des Wohnorts der Zahlenden u. s. w. gehöre, ist gar nicht absolut zu entscheiden. Auch braucht der Rechnungssteller, um die Erläuterungen zu ertheilen, sicherlich nicht stets eine neue Rechnung aufzustellen, sondern er genügt seiner Pflicht, wenn er sie in der Form der laufenden Verhandlungen giebt. Sollte dadurch die Uebersichtlichkeit beeinträchtigt werden, so würde der Richter durch einen Sachver-

ständigen die erforderliche Zusammenstellung auf Kosten des Rechnungsstellers anfertigen lassen können.

Weigert aber der Rechnungssteller, eine begehrte Auskunft zu ertheilen, dann muß über die Pflicht hierzu natürlich der Richter entscheiden. Die Entscheidung muß nach verständigem Ermessen erfolgen. Sie darf aber stets dergestalt zu Gunsten des Geschäftsherrn neigen, daß, wo irgend ein Interesse des letzteren unterstellt werden darf, die Berechtigung der Fragstellung nicht zu verneinen ist. Diese Begünstigung des Geschäftsherrn ist deshalb unbedenklich, weil anderseits anzuerkennen ist, daß die Pflicht des Rechnungsstellers zur Auskunftertheilung sich dahin begrenzt, daß er nicht mehr Auskunft zu ertheilen braucht, als er zu leisten im Stande ist.

§ 8.

Dieser letztere Satz mag vielleicht auf den ersten Blick auffällig erscheinen. Ist die gehörige Rechnungsstellung überhaupt eine Pflicht des Geschäftsführers, wie kann dieselbe bedingt sein durch das zufällige Maß, in welchem er dieser Pflicht zu genügen vermag? Soll der Geschäftsführer dieser Pflicht dadurch enthoben sein, daß er sich verschuldeter Weise nicht in den Stand gesetzt, dieselbe erfüllen zu können? Darauf erwidere ich: es ist nicht die Absicht jenes Satzes, dem Rechnungssteller sein etwaiges Verschulden zu schenken. Nur behaupte ich: der Anspruch aus einem solchen Verschulden kann nicht in der Form einer Klage auf Rechnungsstellung verfolgt werden. Der Anspruch auf „Rechnungsstellung" hört auf, sobald feststeht, daß der Rechnungssteller weitere Auskunft nicht geben kann.

Auch in dieser Beschränkung bedarf der Satz noch einer nähern Rechtfertigung insofern, als im Allgemeinen doch nicht zu beanstanden ist, daß ein obligatorischer Anspruch auch dann

in der Form der Klage auf die Sache selbst verfolgt werde, wenn der Schuldner verschuldeter Weise sich außer Stande gesetzt hat, die Sache zu leisten. Wenn ich meinen Rock dem Schneider zum Ausbessern gegeben habe und dieser ihn nicht zurück liefert, so klage ich auf „Rückgabe des Rockes," unbekümmert darum, daß der Schneider behauptet, der Rock sei ihm gestohlen. Denn mit der hierauf gegründeten Einrede, wird der Schneider nur dann gehört, wenn er darlegt, daß der Rock ohne sein Verschulden abhanden gekommen. Vermag er das nicht, so wird er zur „Rückgabe des Rockes" verurtheilt; und es bleibt der Executionsinstanz überlassen, ob diese Rückgabe in Natur oder nur in Form einer Entschädigung erzwungen werden könne. In gleicher Weise, könnte man sagen, müsse auch derjenige, welcher sich verschuldeter Weise außer Stande gesetzt, gehörige Rechnung zu stellen, zu „besserer Rechnungsstellung" verurtheilt werden; und es könne dann der Executionsinstanz überlassen bleiben, daß statt dessen Entschädigung gefordert werde.

Diese Annahme würde aber nur dann richtig sein, wenn die „Rechnungsstellung" ein Ding wäre, welches, wie ein abhanden gekommener Rock, an sich einen Werth hätte. So ist es aber nicht. Auf den Ausspruch, daß Jemand verpflichtet gewesen wäre, bessere Rechnung zu stellen, kann an und für sich noch kein Entschädigungsanspruch gegründet werden, sondern dieser bedarf stets besonderer neuer Begründung. Deshalb ist aber auch jener Ausspruch, sobald die Unmöglichkeit einer besseren Rechnungsstellung feststeht, ohne Werth.

Benutzen wir zur Klarstellung das obige Beispiel (S. 269). Gesetzt, ich hätte meinem Geschäftsführer gleich Anfangs gesagt, daß ich zwei Schuldner gleichen Namens habe, und daß deshalb auch die Wohnorte der Zahlenden zu notiren seien: so würde derselbe, wenn er dies dennoch unterlassen, mir gewiß dieser-

halb verantwortlich sein. Was aber nützte es, wenn diese Verantwortlichkeit in Form einer Verurtheilung zu „besserer Rechnungsstellung" ausgesprochen würde? Eine bessere Auskunft erhielte ich dadurch doch nicht. Vielmehr bliebe mir nichts übrig, als in sonstiger Weise wo möglich zu ermitteln, wer gezahlt und wer nicht. Wenn ich nun hierbei fehl ginge, und z. B. den Schuldner, welcher bereits gezahlt, nochmals gerichtlich belangte, aber auf Grund des Beweises der Zahlung zurückgewiesen und in die Kosten verurtheilt würde, so hätte diese letzteren ohne Zweifel mein Geschäftsführer wegen verschuldeter Unvollständigkeit seiner Rechnung mir zu ersetzen. Aber dieser Anspruch bedürfte doch immer wieder eines besondern Processes, in welchem auch die Frage, ob den Verklagten ein Verschulden treffe, ihren Platz fände.

Die Art und Weise, wie der Geschäftsherr dem durch unvollständige Rechnungsstellung begangenen Verschulden seines Geschäftsführers gegenüber zu seinem Rechte gelangt, kann sich verschieden gestalten. Es ist möglich, daß das Verschulden von der Art ist, daß es den Geschäftsführer zum Würderungseide berechtigt (nach Anologie von l. 7 pr. D. de admin. tut. 26, 7.). Es ist möglich, daß, wo solches nicht der Fall, der Geschäftsherr in anderer Weise den ihm zugefügten Schaden darzulegen vermag. Es ist auch möglich, daß er hierzu ganz außer Stande ist; und dann wird er diesen Schaden als Folge davon zu tragen haben, daß er einem nicht sorgsamen Menschen Vertrauen geschenkt und seine Geschäfte übertragen habe. Immer aber ist gleich nutzlos, die Frage, ob der Rechnungssteller eine bessere Rechnung hätte stellen sollen, vorweg zu beurtheilen. Sie hat keine selbständige Bedeutung.

Zieht man noch weiter in Betracht, daß in vielen Verhältnissen die Auskunft, welche der Rechnungssteller zu ertheilen vermag, sich auf die von ihm geführten schriftlichen

Aufzeichnungen beschränken, und er aus dem Gedächtniß nichts oder nur Weniges hinzuzuthun im Stande sein wird, so gewinnt damit der Anspruch auf Rechnungsstellung gewissermaßen ein reales Objekt, wodurch er in die nächste Verwandtschaft mit dem Anspruch auf Exhibition und Edition tritt. Es wird ihm genügt dadurch, daß der Rechnungssteller seine Aufzeichnungen über den Gegenstand vollständig vorlegt.

In der Beschränkung des Anspruchs auf Rechnungsablage auf dasjenige, was der Rechnungssteller leisten kann, liegt dann auch die Rechtfertigung dafür, daß man es mit dem, was man dem Geschäftsherrn zu fragen gestattet, nicht allzu streng zu nehmen braucht. Kann der Rechnungssteller darauf antworten, warum soll er es nicht thun, da es ihm doch nicht schadet? Kann er es nicht, nun, so hört seine Verpflichtung von selbst auf.

Hier möge auch noch die Frage über die Belege zu den Einnahmeposten ihren Anschluß finden. Daß die verzeichneten Einnahmeposten, als Geständnisse des Rechnungsführers, an und für sich der Belege nicht bedürfen, ist klar. Die Bedeutung der Belege zu den Einnahmeposten könnte also nur die sein, daß sie zum Nachweis oder zur Bescheinigung dienen, daß der Rechnungsführer nicht ein Mehreres in Einnahme zu setzen gehabt habe. In diesem Sinne hat ohne Zweifel der Rechnungsherr ein Interesse und ein Recht, daß vorhandene Urkunden, welche den Betrag der dem Rechnungsführer zugeflossenen Einnahmen in diesem Sinne ergeben, ihm vorgelegt werden. Unterläßt dies der Rechnungsführer, so wird der Rechnungsherr deren Vorlage, gerade so wie jede andere qualitative Vervollständigung der Rechnung, mittelst des Monitur-Verfahrens von ihm fordern können. Und wenn er sich dann weigerte, so würde auch hierüber nach den nämlichen Grundsätzen zu entscheiden sein. Ein formel-

les Erforderniß, wegen dessen Mangel eine gestellte Rechnung zu verwerfen wäre, bilden aber die Belege auch bei den Einnahmeposten nicht.

§ 9.

Wenn nun der Anspruch auf Rechnungsablage so eigenthümlicher Natur ist, daß er in dem, was der Pflichtige zu leisten vermag, seine Grenze findet: wie soll denn nun festgestellt werden, was er zu leisten vermag? ob er die begehrte Auskunft arglistig hinterhält, oder bona fide Alles gegeben hat, was er geben kann?

Diese Frage ist keine, welche den Zweifel über die qualitative Vollständigkeit der Rechnung allein beträfe, sondern sie berührt noch in weit höherem Maaße die quantitative Vollständigkeit, also die Frage: wie ist es festzustellen, daß der Rechnungssteller alle Einnahmen nach bestem Wissen verzeichnet, und nicht davon eine größere oder geringere Anzahl verschwiegen hat? An dieser Frage hängt, so zu sagen, Alles.

Wollte man, sobald nur rein äußerlich Rechnung gestellt ist, die Annahme eintreten lassen, daß die Rechnung auch eine vollständige sei, und den Rechnungsherrn auf den seinerseits zu erbringenden Beweis der etwa fehlenden Posten verweisen, so wäre damit, wie bereits oben bemerkt, die ganze Verpflichtung zur Rechnungsablage paralysirt. Sie wäre rein auf den guten Willen des Pflichtigen gestellt und hörte damit auf eine Rechtspflicht zu sein. Wollte man umgekehrt von dem Rechnungssteller förmlichen Beweis begehren, daß seine Angaben vollständig seien, so wäre dies nicht minder verhängnißvoll, weil ein solcher auf lauter Negativen gerichteter Beweis gar nicht zu erbringen sein würde.

Es giebt nur ein Mittel, welches in gleicher Weise den Interessen beider Betheiligten gerecht wird; nur ein Mittel,

welches geeignet ist, demjenigen, von welchem man Geständnisse verlangt, den Mund aufzuschließen. Dieses Mittel besteht darin, daß der Rechnungspflichtige die Vollständigkeit seiner Angaben, insofern er sie nicht anderweit zu bescheinigen vermag, eidlich erhärten muß.

Unserem Rechte ist dieser Eid nicht fremd. Er ist ihm völlig geläufig bei einer bestimmten Art von Rechnungsstellung, nämlich bei der über eine besessene Erbschaft. Die Verurtheilung bei der Erbschafts- oder Erbtheilungsklage wird nach einer wohl in ganz Deutschland verbreiteten Praxis dahin gefaßt: „die Erbschaft nach einem rechtsbeständigen Inventar oder nach einem vom Verklagten aufzustellenden und auf Erfordern des Klägers eidlich zu bestärkenden Verzeichniß herauszugeben (zu theilen)". Unter dem rechtsbeständigen Inventar versteht man ein zur Feststellung des Nachlasses unter obrigkeitlicher Mitwirkung aufgenommenes Nachlaßverzeichniß, bei dessen Anfertigung in der Regel schon von Amtswegen die Nächststehenden über die Vollständigkeit der Verzeichnung eidlich oder an Eidesstatt vernommen zu werden pflegen. Wo ein solches vorliegt, da wird angenommen, daß schon hierin eine genügende Bescheinigung der Vollständigkeit des verzeichneten Nachlasses enthalten sei. Wo aber ein solches fehlt, da hat der Belangte selbständig eine Verzeichnung des in seinen Händen befindlichen Vermögens vorzunehmen und auf Verlangen des andern Theiles deren Vollständigkeit eidlich zu erhärten. Dieser Eid, welchen man „Manifestationseid" nennt, wird aber der Gattung minder strenger Eide beigerechnet, durch welche der Schwörende nicht die objektive Wahrheit des Beschworenen, sondern nur seinen guten Glauben eidlich versichert. Der Eid hat also die Natur des Calumnien-

eides [1]). Dies hat die doppelte Folge, daß einerseits nicht jeder Beweis einer (objectiven) Unvollständigkeit des Verzeichnisses den Schwörenden als meineidig hinstellt; daß aber auch andrerseits noch nach Ausschwörung jenes Eides der Gegner berechtigt bleibt, Mängel des Verzeichnisses nicht blos in der strengen Form des Meineidsbeweises, sondern mittelst einfachen processualischen Beweises darzu thun. Es ist dies das unter dem Namen des „Defecten-Beweises" bekannte Verfahren, welches eröffnet wird, nachdem der Pflichtige das Verzeichniß aufgestellt und als (seinem Glauben nach) vollständig beschworen hat [2]).

In seiner historischen Entstehung knüpft dieser Eid zunächst an zwei Stellen des röm. Rechtes an, l. 22 § 10 C. de jure delib. (6, 30) und c. 2 § 1 Nov. 1, wonach Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer berechtigt sein sollen, von dem Erben, welcher unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, zu verlangen, daß er die Vollständigkeit des von ihm aufgestellten Inventars eidlich erhärte. Ihre wesentliche Ausbildung hat aber diese Lehre von der „jurata speci-

1) Aeltere Schriftsteller bezeichnen denselben vielfach als ein Purgatorium. Allerdings kann man ja sagen, daß durch denselben der Schwörende sich von einem gewissen Verdachte reinige. Aber ein „Reinigungseid" im technischen Sinne ist er darum doch nicht. Denn dieser dient dazu, einigen bereits vorliegenden Beweis zu entkräften, wovon beim Man.-Eid nicht die Rede ist. — Andere bezeichnen den Eid als ein juramentum delatum. Auch dieser Name läßt sich insofern rechtfertigen, als der Kläger das Verlangen stellen muß, daß der Eid geschworen werde. Im technischen Sinne ist er aber kein „zugeschobener Eid", da er ja nicht über bestimmte vom Kläger aufgestellte Behauptungen gefordert wird. — Die richtige Ansicht vertritt bereits Schweppe Röm. Privatrecht §. 210: „Der M.-E. ist seiner geschichtlichen Entstehung nach weder als ein von der Partei zugeschobener Eid, noch als ein vom Richter auferlegter Reinigungseid, sondern als ein eigener, dem Eide von Gefährde am nächsten verwandter, Eid anzusehen".

2) „Post praestitum juramentum locus est defectuum allegationi et probationi". Mevius ad jus Lubec. P. II. T. 2. A. 27 ad nam 59.

ficatio“ durch die Praxis, insbesondere der Sächsischen Gerichte, erhalten. Gehen wir nun aber auf die älteren Praktiker zurück, so finden wir, daß diese die jurata specificatio nicht als ein den Erbschaftsklagen ausschließlich angehöriges Institut, sondern als eine allgemeine Pflicht jedes zur Rechnungsstellung Verbundenen, betrachten.

Es ist hier vor Allen Carpzov zu nennen, welcher in seiner Jurisprudentia forensis romano-saxonica (auch Definitiones forenses genannt) mehrfach hierüber handelt. Bereits P. II. const. 42, def. 7, 8, wo er von der Pflicht der Wittwe redet, über die in ihrem Nießbrauch verbleibenden Güter ein Inventar zu errichten, spricht er den allgemeinen Satz aus: Idque est, quod vulgo dicitur, unicuique ad rei alicujus restitutionem obligato conficiendi inventarii necessitatem incumbere. Diesen Satz aber ergänzt er später (P. III c. 33 def. 6), wo er der gleichen Pflicht eines jeden Erben gedenkt, durch den weiteren Satz: At inventarii defectus solo juramento suppletur. Dann fügt er noch ausdrücklich (def. 7) hinzu:

Non solum ab herede aut eo, qui se pro herede gessit, inventarium vel jurata specificatio exigi potest, sed ab omnibus iis, qui bonorum alienorum administrationi se immiscent, veluti a creditore pignus vendente, socio, tutore etc.

Das Nämliche lehrt Stryk (de cautelis juramentorum P. III Seit. III c. 1). Gleich zu Eingang des über den Manifestationseid handelnden Capitels bezeichnet er diesen als den Eid „quod heredi vel occupatori hereditatis, non minus quoque tutoribus, curatoribus, aliisque, qui administrationem bonorum in se susceperunt, in defectu solennis inventarii, ipso jure civili ad petitionem partis adversae a judice imponitur, ut res

hereditarias, vel etiam alias, occupatas, exhibita praevia accurata specificatione et descriptione, judici manifestent eamque mediante juramento corroberent atque confirment. Er legt dann die ganze Lehre unter vielen Belegen aus der Praxis ausführlich dar. Die editio inventarii vel jurata specificatio werden als fundamentum rationis redditionis bezeichnet (§ 67). Von mehreren Miterben oder Gesellschaftern, die nicht gemeinsam verwalten, wird gesagt: quilibet villicationis suae rationem reddere teneatur, quatenus quisque ad se recepit et administravit, utique et super acceptis in defectu inventarii solennis jurare obligatus erit (§ 74). Am Schlusse wird, unter Bestätigung von Entscheidungen noch besonders ausgeführt, daß die eidliche Erhärtung auch die im Laufe der Verwaltung eingetretenen Veränderungen des Vermögensbestandes zu umfassen habe.

Bei Mevius (Decis.) finden sich folgende Aussprüche: (P. 6 D. 150) Ubi constat bona apud aliquem exstitisse, qualia et quanta fuerint, si non apparet, qui habuit, juramento tenetur exprimere (Menoch. 6. Praes. 61. num. 7.).

(P. 6 D. 411) — qui aliena bona detinent et administrant, tenentur edere inventarium aut eo non confecto juratam designationem, et cum illud deest, per hanc debito defunguntur. —
wozu in einer Anmerkung gesagt wird, daß so alltäglich in der Praxis erkannt werde.

Böhmer (consult. et decis. II. 276. 418) trägt mehrere Fälle vor, in welchen die gedachte Lehre praktisch zur Anwendung gekommen [1]).

1) Zum Verständniß dieser älteren Literatur verdient noch Folgendes bemerkt zu werden. Die Sächsischen Juristen wollten auch zur Erwirkung des beneficium inventarii die jurata specificatio als Surrogat eines

Die Reihe der Rechtslehrer, welche jeden Vermögensverwalter zur eidlichen Bestärkung der von ihm gestellten Rechnung pflichtig erklären, setzt sich dann fort in Estor, Anfangsgr. d. Reichsgr. §. 590; Schmidt, Klagen etc. §. 1023; Hellfeld, jurispr. for. §. 417; Hofacker, Princ. jur. III §. 3035; Glück Comm. Bd. 5. S. 374. Dem entsprechend lehrt auch Rödiger in seiner Monographie über den Manifestationseid (1831), daß heutiges Tages der Manifestationseid von jedem Verwalter fremder Güter verlangt werden könne. „Denn wo von Verwaltung fremder Güter die Rede ist, worüber Rechnung abzulegen und ein Inventarium zu fertigen ist, da wird auch der Gedanke der Veruntreuung entstehen und folglich die Gestattung des Manifestationseides zur völligen Eruirung der Masse nothwendig erscheinen. Darum muß der Gebrauch dieses Eides namentlich gegen den occupator hereditatis, den tutor, curator, negotiorum gestor, Nutznießer, socius, Mandatar, kurz gegen alle Diejenigen, qui administrationem bonorum in se susceperunt, gestattet sein".

Aus neuester Zeit sind es namentlich Bayer, Vorträge (8. Aufl.) S. 923, und Wetzell, Civ. Proc. §. 28 welche jeden Vermögensverwalter zum Manifestationseide pflichtig erklären. Auch Siebenhaar, Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts §. 427, bezeugt: „Die Vollständigkeit der abgelegten Rechnung in den Einnahmen hat der Rechnungsleger eidlich zu bestärken".

§ 10.

Diese Anschauung von der nothwendigen Ergänzung der Pflicht zur Rechnungsablage durch die Bescheinigung ihrer

---

feierlichen Inventars gelten lassen. Hiergegen erklären sich mit Entschiedenheit andere Juristen (Mev. Dec. 6, 411. Malblanc de jurej. §. 48 Brunnemann ad l. 6 C. de jure delib.). Neuere aber haben diese Aeußerungen dahin mißverstanden, als ob dieselben gegen die jurata specificatio überhaupt gerichtet wären.

Vollständigkeit, insbesondere durch den eigenen Eid des Rechnungstellers, ist aber der Praxis der deutschen Gerichte vielfach abhanden gekommen. Während bei den Erbschaftsklagen die Pflicht zur specificatio jurata überall in Anwendung blieb, verurtheilte man in anderen Verhältnissen zur Rechnungsablage, ohne an etwas Weiteres zu denken. Die Folge davon war, daß man, sobald eine solche Verurtheilung vollzogen werden sollte, in die allergrößte Verlegenheit gerieth. Unterließ der Verurtheilte die Rechnungsstellung ganz, dann freilich konnte man dadurch helfen, daß man den Kläger zum Würderungseide zuließ. Stellte dagegen der Verurtheilte eine Rechnung, die äußerlich formgerecht, innerlich aber vielleicht noch so unvollständig war, und verlangte hiergegen der Kläger Hülfe, dann war das Gericht mit seiner Weisheit zu Ende. Denn daß es dem Kläger nicht half, wenn man ihm sagte, er dürfe nun selber bessere Rechnung stellen, liegt auf der Hand.

Aber auch da, wo die Nothwendigkeit, die Lehre von der Rechnungsablage durch die Eidespflicht des Rechnungsstellers zu ergänzen, nicht ganz verkannt wurde, hat sich mitunter eine andere Beirrung eingeschlichen auf Grund folgender Verhältnisse. Unter dem Namen des „Manifestations-Eides“ hat die Praxis noch andere Eide verwandter Art ausgebildet. So hat sie namentlich, anknüpfend an eine andere röm. Stelle, l. 6 § 4 C. de his, qui ad eccl. conf. (1, 22), dem Gläubiger das Recht verliehen, von dem Schuldner, der bei der versuchten Execution sich als unpfandbar erwiesen, eine eidliche Versicherung zu verlangen, daß er nicht Vermögensstücke hinterhalte oder abhanden gebracht habe. Auch diesen Eid hat man „Manifestationseid“ genannt, hat ihn aber öfters in der Praxis an die Bedingung geknüpft, daß der Schuldner zuvor einer Verheimlichung von Vermögen einigermaßen verdächtigt

werde. Es findet diese Annahme einen gewissen Halt in den Worten der l. 6 §. 4 cit. („ut si sola suspicione apud aliquem adserantur absconditae“). Sie läßt sich auch innerlich wohl rechtfertigen, weil die künstliche Entäußerung des Vermögens als ein positives betrügliches Handeln immerhin eine gewisse Vermuthung gegen sich hat. Wenn man aber daraus den Schluß gezogen, daß auch der „Manifestationseid,“ welchen der Vermögensverwalter über die Vollständigkeit seiner Rechnungsstellung zu leisten habe, nur unter der Bedingung einer besonderen Verdächtigung gefordert werden könne[1]), so vermag ich das nur für verfehlt zu erachten. Die Worte der l. 22 § 10 C. de jure delib. geben dafür keinen Anhalt, sagen vielmehr, daß der Berechtigte lediglich nach seiner Ueberzeugung („si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam“) den Eid fordern könne. Und dies liegt auch in der Natur der Sache. Der Eid, um den es sich hier handelt, ist ja nicht ein exceptionelles Hülfsmittel. Die Pflicht zur Rechnungsstellung überhaupt ist etwas Exceptionel-

1) Zu diesem Resultat gelangt Strippelmann, Gerichtseid S. 381 auf Grund einer Entscheidung des OAG. zu Cassel v. 1857, wobei er selbst freilich andeutet, daß damit die Lehre nicht für abgeschossen zu halten sei. Mit Unrecht wird aber für diese Ansicht auch Wetzell (Civ. Proceß §. 28) citirt, da dieser die Bescheinigung eines Verdachtes nur fordern will, sofern dieser Verdacht „durch die sonstigen Voraussetzungen des Manifestationseides, wie namentlich dem Erben und Vermögensverwalter gegenüber durch die nahe Beziehung zu der Vermögensmasse, dem Cridar gegenüber durch die Eröffnung des Concurses, nicht ohnehin schon genügend gerechtfertigt erscheint.“ In Wahrheit will also Wetzell die Verdächtigung nur für den Eid des unpfandbaren Schuldners. Böhmer in dem ob. cit. Rechtsfalle II N. 276 redet ebenfalls davon, daß, um den Manifestationseid zu fordern, einiger Verdacht vorliegen müsse. Er macht aber davon nur die Anwendung, daß er den Eid ausschließen will, „weil der Beklagte schon in Eid und Pflichten gestanden und vermöge solcher Pflicht Rechnung abgelegt habe, was billig an Statt einer eidlichen Specification zu halten.“

les, das ist richtig; in diese Lehre aber reiht sich jener Eid organisch ein. Der Verdacht, gegen welchen er gerichtet ist, liegt in der Natur des Verhältnisses. Es ist nicht ein criminalistischer, sondern ein civilistischer Verdacht[1]). Bei den Erbschaftsklagen hat man denn auch bis auf die neueste Zeit niemals daran gedacht, die Pflicht zur specificatio jurata von einer besonderen Verdächtigung abhängig zu machen. Genau ebenso verhält es sich aber bei der Rechnungsstellung überhaupt. Jene Verdächtigungstheorie ist die falsche Schlußfolgerung aus einem willkürlich gewählten Namen. Sie verkennt die wahre Natur des fraglichen Eides, und giebt die Lehre von Neuem dem Zufalle Preis.

Nur dann wird eine eidliche Bestärkung der gestellten Rechnung nicht ohne Weiteres gefordert werden können, wenn eine Bescheinigung ihrer Vollständigkeit bereits in anderer Weise vorliegt. Bei den Erbschaftsklagen wird die specificatio jurata als erübrigt angenommen durch das Vorhandensein eines ordnungsmäßigen Inventars. Nicht minder wird man annehmen dürfen, daß der Kaufmann, welcher Rechnung ablegt, deren Vollständigkeit durch seine ordnungsmäßig geführten Handelsbücher genügend bescheinigt; daß auch derje-

1) Bereits Mevius (ad jus Lubecense, L. II S. 2. Art. 27 ad N. 59.) spricht dies energisch aus. Nachdem er gelehrt, daß die Richtigkeit eines ordnungsmäßigen Inventars nicht beschworen zu werden brauche, wenn nicht Mängel wahrscheinlich gemacht seien, fährt er fort: At pro specificatione non est ea praesumtio, sed facit potius praesumi fraudem aliquam, a qua purgatio per juramentum fieri debet, ideo cum nuda plenam fidem non habeat, supplenda est juramento, indistincte sive defectus allegati sint, nec ne. (Rauchbar d. q. 29. n. 14. Moller Sem. 14. n. 5.) Quemadmodum itaque judex peccat, juramentum imponendo cum adest sollenne inventarium, si nulla fraus, nullus defectus allegetur, ita similiter errat, si nolit imponere juramentum, cum qui inventarium non confecit, nudam designationem exhibet, nis isimiliter defraudationis argumenta adsint.

nige, welcher bereits in Eidespflichten steht, und kraft solcher Rechnung ablegt, von jener Eidespflicht nicht betroffen wird. Wollte gleichwohl in Verhältnissen dieser Art der Rechnungsherr noch eine eidliche Bestärkung der Rechnung beanspruchen, dann würde es allerdings gerechtfertigt sein, einen besonders zu begründenden und zu bescheinigenden Verdacht zu fordern [1]).

Gegenstand des vom Rechnungssteller zu leistenden Eides wird die Vollständigkeit der abgelegten Rechnung, d. h. der Einnahmeposten, in quanto et quali sein. Er wird also zu beschwören haben, daß er die Einnahmen nach bestem Wissen vollständig verzeichnet habe, und daß er — insofern weitere Auskunft begehrt ist, — weiter als geschehen Auskunft zu ertheilen außer Stande sei. Auch versteht es sich von selbst, daß diesem Eide nicht nothwendig erst ein Proceß vorausgehen muß. Einigen sich die Parteien in Güte dahin, daß der Rechnungssteller diesen Eid leiste, so wird der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit denselben abzunehmen haben.

Erst wenn die Praxis sich entschließt, diesen Eid, den sie bei den Erbschaftsklagen stets aufrecht erhalten, auf die Pflicht zur Rechnungsstellung überhaupt auszudehnen, gelangt diese ganze Lehre zum Abschluß. Ohne denselben bleibt sie ein leerer Schall, ein Gewölbe ohne Schlußstein.

Freilich werden Manche diesem Versuch, die Anschauung einer ältern praktischen Schule zur Geltung zu bringen, mit dem Grunde begegnen, daß diese Ansicht doch in unsern Rechtsquellen keine genügende Begründung finde. Das haben ohne Zweifel jene älteren Praktiker auch gewußt. Wenn sie trotzdem diese Lehre aufstellten und ausbildeten, so geschah es im Gefühl der innern Nothwendigkeit. Sie gingen davon aus, daß der Gesetzgeber, welcher die Pflicht zur Rech-

1) So wenigstens lehren die älteren Praktiker; vergl. Carpzov. Def. III cat. 33 def. 11. Mev. Decis. 4, 92.

nungsstellung als Rechtsinstitut anerkenne, doch auch wollen müsse, daß dabei etwas Praktisches herauskomme. Und dies gab ihnen den Muth, die erkannte Lücke selbstschöpferisch auszufüllen, wobei ihnen die Rechtsquellen freilich nur zum schwachen Anhaltspunkt dienten [1]). Leider ist der Sinn für dergleichen in der heutigen Praxis weit minder lebendig. Während unsere Theoretiker in wachsender Zahl bestrebt sind, ein Recht schaffen zu helfen, welches den Anforderungen des Lebens entspricht, geht durch die Praxis, welche doch darin der Theorie vorangehen sollte, vielfach ein theoretisirender Zug, kraft dessen man sich weise dünkt, wenn man über die Schöpfungen der älteren Praktiker (die man freilich oft nicht genügend versteht) achselzuckend hinweggeht. Diese Richtung ist es vor Allem, welche es schwer macht, die Ueberzeugung von dem Werth unserer Wissenschaft in der öffentlichen Meinung überall aufrecht zu erhalten.

§ 11.

Hat der Geschäftsführer Rechnung gestellt, hat er auf Verlangen des Geschäftsherrn zu den einzelnen Posten die nöthigen Vervollständigungen und Erläuterungen gegeben (Monitur-Verfahren), und hat er weiter auf Verlangen die Vollständigkeit seiner Angaben (dem guten Glauben nach) beschworen [2]): dann ist damit die Pflicht zur Rechnungsstellung zu Ende. Aber keineswegs ist damit die Sache zu Ende. Denn nun gilt es, das eigentliche Ziel der Rechnungsstellung, das reliquum dare, zu realisiren. Die Ansicht, daß hierzu erst wieder ein neuer Proceß eröffnet werden müßte, beruht eben so sehr auf einer Verkennung

1) Es trifft hier vollkommen zu, was Ihering, Geist d. r. R. Thl. 2 Note 635 sagt.

2) Selbstverständlich kann der Rechnungsherr auch ohne diesen Eid die Rechnungsablage als vollständig annehmen.

des Wesens der Rechnungsablage, als sie dem praktischen Bedürfniß in's Gesicht schlägt.

Eignet sich der Geschäftsherr das Resultat der Rechnungsstellung an, will er keine weitern Einnahmen behaupten, die verzeichneten Ausgaben aber zugestehen, dann ist die Sache einfach. Der Geschäftsherr kann Verurtheilung des Rechnungsstellers zur Herauszahlung dessen begehren, was derselbe nach der von ihm selbst gestellten Rechnung schuldig bleibt. Anderseits darf aber auch der Geschäftsführer bei Stellung der Rechnung, wenn diese eine Ueberzahlung ergiebt, widerklagend entsprechende Verurtheilung des Geschäftsherrn beantragen.

Der Geschäftsherr kann aber auch die gestellte Rechnung zunächst noch einem weiteren, auf deren Berichtigung abzielenden Verfahren unterwerfen, entsprechend dem gleichmäßigen Verfahren in Erbschaftssachen (Defectur-Verfahren). Er kann weitere Einnahmen behaupten, und kann berechnete Ausgaben bestreiten. Daraus entwickelt sich der s. g. Rechnungsproceß. Es richtet sich dabei alles nach allgemeinen processualischen Grundsätzen. Behauptet der Geschäftsherr weitere Einnahmen, so muß er sie speciell begründen und beweisen. Andererseits muß auch der Rechnungssteller die Ausgaben, welche ihm bestritten werden, nun noch vollkommen processualisch begründen und beweisen. Beide Arten von Posten verhalten sich ganz wie Klag- und Widerklagposten. Auf Grund dieses Verfahrens wird dann nach Befinden ein neuer Rechnungsabschluß gebildet, und danach auf die entsprechende Herauszahlung erkannt. Damit hat das gesammte Verfahren sein Ziel erreicht.

Die Resultate meiner Ausführung fasse ich in folgenden Sätzen zusammen.

1) Die Pflicht zur Rechnungsablage ist eine Pflicht pro-

cessualischer Natur, dahin gehend, daß der Pflichtige die Thatsachen darlege, nach welchen seine eigene Verpflichtung bemessen werden kann. Die Klage auf Rechnungsablage trägt stets den Anspruch auf Herausgabe des Rechnungsergebnisses in sich.

2) Bei gemachten Einnahmen und Ausgaben bildet das eigentliche Ziel des Anspruchs auf Rechnungsablage die Verzeichnung der Einnahmen. Die Verzeichnung der Ausgaben ist zunächst ein Recht des Rechnungsstellers, und nur insofern zugleich dessen Pflicht, als es Pflicht jedes Gläubigers ist, vor dem Proceß seinen Schuldner zu mahnen.

3) Der Rechnungssteller ist verpflichtet, die Einnahmeposten in quanto und quali vollständig zu verzeichnen. Einen Maßstab, nach welchem die Vollständigkeit einer Rechnung formell zu bemessen wäre, giebt es nicht.

4) Qualitative Unvollständigkeiten begründen einen Anspruch auf Vervollständigung der ertheilten Auskunft (Monitur-Verfahren) nicht aber ein Klage auf „bessere Rechnungsstellung" im Allgemeinen.

5) Der Rechnungsherr kann jede Auskunft begehren, bei deren Ertheilung er ein Interesse hat.

6) Der Rechnungssteller genügt seiner Pflicht zur Rechnungsstellung, wenn er jede Auskunft giebt, die er zu geben vermag; unbeschadet seiner Entschädigungspflicht, wenn er sich schuldvoll in die Lage gebracht, keine genügende Auskunft geben zu können.

7) Belege bilden kein formelles Erforderniß einer gestellten Rechnung. Der Anspruch auf Rechnungsablage umfaßt jedoch das Recht des Rechnungsherrn, Urkunden, aus welchen die Vollständigkeit der Einnahme-Verzeichnung sich ergiebt, vorgelegt zu erhalten. Bei mangelnden Ausgabe-Belegen kann der Rechnungsherr die Ausgabeposten bis zu geführtem Be-

weise, und unter Umständen bis zu geleisteter Sicherheit Dritten gegenüber, beanstanden.

8) Auf Verlangen des Rechnungsherrn hat der Rechnungssteller zu den Einnahmeposten die Vollständigkeit seiner Angaben, insofern sie nicht anderweit genügend bescheinigt ist, resp. sein Unvermögen, weitere Auskunft ertheilen zu können, eidlich zu erhärten.

9) Der abgelegten und als vollständig bescheinigten Rechnung gegenüber hat der Rechnungsherr, wenn er weitere Verpflichtungen des Rechnungsstellers in Anspruch nimmt, insbesondere weitere Einnahmen behaupten will, diese speziell darzulegen und zu beweisen. Das Verfahren hierüber (Defectur-Verfahren) so wie über die vom Rechnungsherrn geleugneten, vom Rechnungssteller zu beweisenden Ausgabeposten richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen.

10) Nach Schluß des Verfahrens wird das Ergebniß der festgestellten Rechnung dem Kläger oder Widerkläger zuerkannt.

§ 12.

Gleichsam in Parenthese möge hier noch folgende Bemerkung Platz finden. Auch noch andere Erscheinungen im Recht, als die gewöhnlich in diesem Zusammenhang besprochenen, lassen sich auf den Gedanken der Verpflichtung zur Rechnungsablage zurückführen. Wenn derjenige, welcher kraft eines Obligationsverhältnisses eine fremde Sache unter Händen hatte, um sich von der Haftbarkeit für einen daran entstandenen Schaden zu befreien, darlegen muß, welchergestalt dieser Schaden ohne sein Verschulden entstanden sei, so beruht auch diese processualische Verpflichtung darauf, daß zunächst nur er in der Lage ist, über die Entstehung des Schadens Auskunft zu geben, während der Andere der Natur der Sache nach

darüber nichts wissen kann. Jene Darlegungspflicht ist nichts anderes, als eine Verpflichtung zur Rechenschaftsablage; und auch hier würden die entwickelten Sätze sich fruchtbar erweisen können. Denken wir uns also z. B., es habe Jemand ein Pferd zu einer Reise gemiethet. Er bringt es zurück mit einer Lähmung, die ihrer Natur nach sowohl mit als ohne sein Verschulden entstanden sein kann. Der Vermiether begehrt Entschädigung. Wer hat nun zu beweisen? Wollte man dem Vermiether den Beweis des Verschuldens des Miethers aufbürden, so würde man in der Regel etwas Unmögliches von ihm fordern, da er ja nicht wissen kann, wie der Miether mit dem Pferde umgegangen, bei welcher Veranlassung zuerst der Schaden sich gezeigt hat u. s. w. Man lehrt daher, gestützt auf l. 9 § 4 D. locati (19,2) und l. 5 C. de pign. act. (4,24), daß in einem solchen Falle der Miether seine Schuldlosigkeit zu beweisen habe. Nimmt man aber dieses „Beweisen" im strengen Sinne des Wortes, so wird man dadurch nicht minder ungerecht gegen den Miether. Denn dieser müßte, wenn er nicht gerade zufällig positiv beweisen könnte, wie der Schaden entstanden ist, streng genommen das Nichtvorhandensein aller Thatsachen beweisen, welche möglicher Weise seine Verschulden begründen könnten; eine Negative, welche in ihrer Allgemeinheit nicht minder schwer zu beweisen ist. Verstände man dagegen jenes „Beweisen" im Sinne einer Verpflichtung zur Rechenschaftsablage; sagte man: der Miether genügt seiner processualischen Pflicht, wenn er über alle Umstände, welche zu der Entstehung des Schadens in Beziehung stehen, genaue Auskunft giebt und auf Erfordern die Vollständigkeit seiner Angaben eidlich erhärtet; dem gegenüber aber hat der Vermiether, sei es aus den vom Miether selbst angegebenen Thatsachen, sei es mittelst besonderer, diese Angaben ergänzender Thatsachen, das Verschulden des Miethers darzulegen: so würde damit,

wie ich glaubte, das Verhältniß die relativ gerechteste Lösung finden.

§ 13.

Zum Schluß möge hier eine Anzahl Entscheidungen höchster deutscher Gerichtshöfe vorgeführt werden. Aus ihnen wird sich am besten ergeben, gegen welche Anschauungen in der Praxis dieser Aufsatz gerichtet ist.

Zuerst ein Urtheil des Obertribunals zu Stuttgart, welches sich bei Schletter (Jahrbücher Bd. 7 S. 326) mitgetheilt findet. Darin wird gesagt:

„Der zur Rechnungsstellung Verpflichtete hat seine Verbindlichkeit nicht schon durch die Uebergabe irgend eines Rechnungswerks, sondern nur dann erfüllt, wenn die von ihm abgeführte Rechnung an keinen formellen Mängeln leidet und sich äußerlich als eine vollständige darstellt. Denn da der Zweck der abzulegenden Rechnung ist, vollständige Rechenschaft über die Art und Weise der Verwaltung zu gewähren, so hat die Rechnung eine genaue, fortlaufende, geordnet mit Angabe der Zeit versehene Aufzählung sämmtlicher Einnahmen und Ausgaben während der ganzen Rechnungsperiode unter spezieller Angabe der einzelnen Posten und unter Anschluß der erforderlichen Beweise und Belege zu enthalten. Entspricht die übergebene Rechnung diesen Erfordernissen nicht, so ist damit der Verbindlichkeit zur Rechnungsstellung nicht genügt und es kann auf Stellung einer andern Rechnung geklagt werden. Ist jedoch die abgelegte Rechnung in formeller Beziehung nicht zu beanstanden, ist sie geordnet, mit Belegen versehen, und ihrer äußeren Erscheinung nach vollständig so kann die Stellung einer anderen Rechnung aus dem Grunde der materiellen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der einzelnen Rechnungssätze, weil insbesondere der Rechnungspflichtige im Einzelnen mehr eingenommen habe oder einzunehmen gehabt hätte, als in die Rechnung aufgenommen worden, nicht verlangt werden. Denn die materielle Seite der Rechnung ist kein Gegenstand des lediglich die Stellung einer formgerechten, formell vollständigen Rechnung bezweckenden Präjudizial-Verfahrens, sondern setzt die Aufstellung

einer neuen Klage auf Berichtigung des angeblichen Guthabens des Klägers voraus, worin es diesem freisteht, die einzelnen Positionen der gestellten Rechnung als unrichtig anzufechten und seine Behauptung, daß der Beklagte weitere Einnahmen gehabt, näher darzulegen und zu erweisen.

Eine ähnliche Entscheidung des nämlichen Gerichtshofes v. 1855 findet sich bei Seuffert Arch. X. 63. Dagegen lautet ein Erkenntniß des OAG. zu Wiesbaden. v. 1837 (Seuffert, Arch. I. 274) folgendermaßen [1]):

Eine Rechnung über eine geführte Verwaltung ist die Erklärung des Rechnungspflichtigen über die Art der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit. Nur die Abgabe dieser Erklärung ist der Gegenstand einer auf Rechnungsstellung gerichteten Klage. Daraus folgt, daß in dem darüber einzuleitenden Verfahren keineswegs zu verhandeln und zu erkennen ist, wie die noch zu stellende Rechnung beschaffen sein soll, oder ob die schon gestellte und im Laufe der Verhandlungen übergebene Rechnung in Bezug auf Inhalt und Belege genügend erscheint. Alle Verhandlungen über das Materielle der Rechnung gehören einem neuen Verfahren an, worin es dem Rechnungsherrn frei steht, Edition bestimmt zu bezeichnender Urkunden zu fordern, und zu behaupten und erforderlichen Falls zu beweisen, daß der Rechnungspflichtige Einnahmen gehabt oder Ansprüche und Sachen erworben habe, welche er noch in Rechnung bringen müsse, oder aber die Richtigkeit nicht gehörig gerechtfertigter oder belegter Ausgaben zu bestreiten, deren Beweis dann dem Rechnungssteller obliegt. — Da nun der Beklagte dem Kläger eine Rechnung übergeben hat, so war der Zweck dieses Processes erreicht; von der Verurtheilung desselben zur nochmaligen Stellung einer Rechnung konnte daher nicht die Rede sein.

Eine Entscheidung des OAG. zu Dresden v. 1847 (Seuffert V. 83) lautet so:

Der Zweck des Antrags auf Rechnungslegung ist zunächst nur, daß von Demjenigen, welcher für Rechnung eines Andern eine

1) Dieses so wie die weiter mitgetheilten Urtheile sind zum Theil in der Fassung etwas abgekürzt.

Verwaltung geführt hat, eine Rechnung gefertigt und vorgelegt werde. Die Frage, wie dieselbe beschaffen sei, gehört in das Defectur-Verfahren. Völlige Zurückweisung derselben mit der Auflage, eine ganz andere Rechnung zu fertigen, kann nur ausnahmsweise stattfinden, wenn die Rechnung so verkehrt angelegt oder in ihrer Form verworren ist, daß man in einer genügenden Ordnung Erinnerungen dagegen zu ziehen nicht im Stande ist. Andere Mängel einer an sich brauchbaren Rechnung aber sind auf dem ordentlichen Wege des Defectur-Verfahrens zur Erledigung zu bringen. So können Lücken in der Einnahme durch Nachträge ergänzt, Dunkelheiten in einzelnen Punkten durch Erläuterungen aufgehellt, zu allgemeine Sätze durch nähere Angaben specialisirt und Posten über fremdartige Gegenstände ausgeschieden werden.

Man sieht, welches verschiedene Maß von Ansprüchen die verschiedenen Gerichte an eine gestellte Rechnung machen. Während das Gericht zu Stuttgart nur ein wahres Kunst-Opus als annehmbare Rechnung gelten lassen will, soll nach der Ansicht des Gerichts zu Wiesbaden in dem ersten Verfahren nach der Beschaffenheit einer gestellten Rechnung und ob dieselbe in Beziehung auf Inhalt und Belege genügend erscheine, gar nicht gefragt werden. Und das Gericht zu Dresden fügt ausdrücklich hinzu, daß eine völlige Zurückweisung der Rechnung, mit der Auflage, eine andere zu fertigen, nur etwa stattfinden könne, wenn die Rechnung ganz unverständlich sei. Darin aber stehen alle drei Urtheile sich gleich, daß sie gegen die Unvollständigkeit der Rechnungsablage kein Mittel wissen. Während das Stuttgarter Erkenntniß alles Gewicht auf eine rein äußerliche Vollständigkeit der Rechnung legt, obwohl diese doch für die innere (quantitative) Vollständigkeit nicht die geringste Garantie bietet, sind die anderen Gerichte so weise gewesen, auf diese äußerliche Vollständigkeit zu verzichten, wollen dann aber Alles dem Rechnungsherrn überlassen, welcher nach der Entscheidung von Wiesbaden in einem neuen Proceß, nach der Entscheidung von Dresden in einem Defectur-Verfahren, (unter welchem Namen

die beiden oben von mir als Monitur- und Defectur-Verfahren bezeichneten Proceßabschnitte zusammen geworfen werden) für die Vervollständigung der Rechnung sorgen soll.

Es ist ferner hier einer Entscheidung des OAG. zu Celle v. 1860 (Seuffert XV. 123) zu gedenken.

Kläger hatte den Verklagten beauftragt, gewisse Einnahmen, etwa 200 Posten im Gesammtbetrage von 1900 Thlr., für ihn zu erheben. Verklagter hatte dem Kläger eine Schrift zugestellt, worin er 65 Schuldposten im Betrage von 1159 Thlr. als von ihm erhoben verzeichnet hatte, mit dem Bemerken, daß diese Rechnung alle von ihm erhobenen Gelder enthalte; hatte auch die berechneten 1159 Thlr. an den Kläger abgeliefert. Gleichwohl klagte dieser auf „Rechnungsablage". Verklagter behauptete, „Rechnung gestellt zu haben" mittelst jener Schrift, die er auch dem Gericht vorlegte. Das Gericht stellte nun zu Beweis „daß Beklagter rücksichtlich des ihm ertheilten Auftrags vollständig Rechnung abgelegt habe". Der Verklagte berief sich wiederholt auf die von ihm bereits abgelegte Rechnung, mit dem Hinzufügen, daß von einzelnen Debenten Gegenforderungen geltend gemacht seien, daß andere direkt an den Kläger bezahlt haben oder von diesen befristet seien. Das Gericht erster Instanz erachtete hierdurch „den Beweis rücksichtlich des die Summe von 1159 überschießenden Mehrbetrags für verfehlt", und erkannte auf den eventuell zugeschobenen Eid (also wohl darüber, „daß Beklagter Rechnung abgelegt habe" !). Das OAG. bestätigte diesen Bescheid. „Unter „rationes reddere" ist nach richtiger Auslegung der Gesetze (es werden eine Anzahl röm. Stellen citirt) nicht blos die Lieferung einer vollständigen, soweit nöthig mit Belegen zu versehenden Zusammenstellung der in dem Geschäftskreise des Mandatars vorgekommenen Einnahmen und Ausgaben an Geld und Geldeswerth zu verstehen, vielmehr liegt dem Beklagten daneben ob, über alles Wesentliche, was von ihm behufs Abwickelung der unerledigt gebliebenen Geschäfte bis zur Kündigung des Mandats geschehen ist, seinem Auftraggeber getreulich Auskunft zu ertheilen. Dieser Verbindlichkeit ist aber durch die generellen Auslassungen des Beklagten offenbar nicht genügt, folgeweise der nachgelassene Beweis mit Recht für verfehlt erkannt".

Hätte in diesem Falle der Kläger speciell verlangt, daß etwa Verklagter noch angebe, welche der Debenten bei der versuchten Einziehung der Schuld Gegenforderungen erhoben, und welche andere sich auf Zahlung oder Befristung durch den Kläger berufen haben, so würde ja sich davon haben reden lassen, ob nicht Verklagter hierüber weitere Auskunft zu geben habe. Davon scheint aber in dem ganzen Rechtsstreit nicht die Rede gewesen zu sein. So wie die Entscheidung vorliegt, gewährt sie das wenig erfreuliche Bild einer ihrer praktischen Ziele völlig unbewußt gewordenen Rechtsprechung. Nicht zu gedenken, daß die Behauptung des Verklagten, mittelst der vorgelegten Schrift Rechnung gelegt zu haben, doch wohl nicht zu einer Beweis- und Eidesauflage, sondern zu einer sofortigen richterlichen Beurtheilung der Frage, ob jene Schrift eine genügende Rechnungsablage enthalte, hätte führen sollen.

Noch besonders über das Erforderniß der Rechnungsbelege sprechen sich folgende Urtheile aus:

1) eine Entscheidung des OAG. zu Wolfenbüttel v. 1859 (Seuffert Bd. 22 Nr. 135):

> Eine abzulegende Rechnung besteht lediglich in einem Verzeichnisse von Einnahmen und Ausgaben (l. 2 §. 2 de admin. rer. 50,8). Technische Eigenschaften können, wo nicht der Gegenstand oder specielle Vorschriften solche fordern, nicht verlangt, auch muß es dem Rechnungspflichtigen überlassen werden, ob und wie er die Ausgaben begründen und beweisen will.

2) eine Entscheidung des Obertribunats zu Berlin v. 1867 (Seuffert Bd. 22 Note 136):

> Nach der Natur der Sache und den Gesetzen ist es Zweck der ratio, daß nicht blos ersichtlich werde, ob der Geschäftsführer Einnahmen und Ausgaben gehabt, sondern ob dieselben auch mit der erforderlichen Sorgfalt von ihm gemacht worden und dies durch Belege beglaubigt sei, (arg. l. 82 de cond. et dem. 35,1. §. 1 I. de obl. qu. ex contr. 3,28). Nicht jedes chronologische Verzeichniß von Einnahmen und Ausgaben ist eine Rechnung im

gesetzlichen Sinne, vielmehr kann der Geschäftsherr einem solchen Producte das sog. monitum generale, daß dasselbe keine abnehmefähige Rechnung sei, entgegenstellen.

3) eine Entscheidung des OAG. zu Darmstadt v. 1868 (Seuffert, Bd 22, Nr. 137):

Die Ansicht, daß Belege zu jeder Rechnung als Hauptsache gehören, ist nicht zu theilen. Die röm. Gesetzesstellen enthalten davon nichts. Der Verbindlichkeit zur Rechnungsstellung an sich wird auch durch eine Rechnung ohne Belege genügt. Die Beanstandung der Richtigkeit der einzelnen Posten bleibt für den Rechnungsproceß vorbehalten. In diesem ist der Rechnungssteller verbindlich, die ihm bestritten werdenden Posten richtig zu stellen, zu belegen, resp. zu beweisen, und kann es dabei auch in Folge von Editionsgesuchen zur Vorlage von Urkunden, Belegen der Rechnung kommen.

4) eine Entscheidung des OAG. zu Jena (Seuffert Bd. 26, Nr. 214. I.):

Zum Begriffe einer Rechnung sind Belege nicht erforderlich, indem die Rechnung nur in einer Specification der Einnahmen und Ausgaben besteht. Damit ist nicht ausgesprochen, daß Beklagter nicht schuldig sei, die Rechnungsbelege, soweit sie überhaupt erforderlich sind, noch beizubringen. Wie er aber hierzu anzuhalten, ist nicht Gegenstand der jetzigen Entscheidung über die Klage auf Rechnungsstellung.

5) eine Entscheidung des HAG. zu Nürnberg (Seuffert Bd. 26, Nr. 214 II.):

Die Rechnungslegung soll den andern Betheiligten die Möglichkeit verschaffen, sich von der Richtigkeit der Rechnung zu überzeugen, und damit das weitere Verfahren abschneiden oder doch vereinfachen; sie muß daher auf alle zu diesem Zweck erforderlichen Papiere sich erstrecken, weshalb auch sämmtliche zur Belegung der Rechnung nothwendigen Papiere schon jetzt beizubringen sind.

6) eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts v. 1872 (Sammlung d. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 6, S. 92.):

Belege sind kein *absolutes* Erforderniß jeder Rechnung. Eine Rechnung ohne Belege ist nicht absolut abnahmeunfähig. Der Verwalter ist nur schuldig, vollständige Rechenschaft, Auskunft

zu geben, so daß der Geschäftsherr vollständig übersehen kann, was, wofür, wann, von wem resp. an wen u. s. w. u. s. w. der Verwalter eingenommen und resp. ausgegeben hat. Die Belege sind nur insoweit absolut wesentlich, als davon die Verständlichkeit der Rechnung abhängt. Im Uebrigen folgt aus der Nichtbeifügung von Belegen nur, daß die betreffenden Ausgaben dem Verwalter so lange nicht passiren, als er keinen Beweis dafür erbringt. Das ist auch der Sinn der §§. 136 137 T. 1, 14 Thl. I des Pr. Allg. Landrechts.

Wenn diese Entscheidungen fast diametral auseinander zu gehen scheinen, so sind doch, genau betrachtet, die Widersprüche nicht so groß. Ja ich möchte behaupten: jede derselben enthält etwas Richtiges; aber freilich tritt es nicht klar hervor und ist meistens mit Unrichtigem gemischt. Worin ich dieses Unrichtige erblicke, wird nach meinen obigen Ausführungen keiner weiteren Darlegung bedürfen. Der Grund des Unrichtigen liegt aber in der mangelnden Unterscheidung zwischen Einnahme- und Ausgabeposten, in dem Nicht-Auseinanderhalten von Monitur- und Defectur-Verfahren, vor Allem in dem willkürlich geschaffenen Truggebilde einer „abnahmefähigen Rechnung".

Es sei ferner hier zweier Entscheidungen erwähnt von München und von Cassel (Seuffert Bd. 25 Nr. 211 Bd. 21 N. 234), welche den richtigen Gedanken vertreten, daß ein Anspruch auf Rechnungsstellung nicht verfolgt werden könne, wo thatsächlich der Rechnungspflichtige zu einer solchen nicht weiter im Stande ist. In dem letzten Falle wurde eine Stadt als eingesetzte Erbin eines Rechnungspflichtigen auf Rechnungsstellung belangt. Die Stadtbehörde hatte bereits dem Kläger ein über den Stand der Angelegenheit angefertigtes Promemoria, so wie alle auf die betreffende Verwaltung bezüglichen Litteralien ihres Erblassers ausgehändigt. Weil aber Kläger hierin keine „ordnungsmäßige Rechnungsstellung" fand, glaubte er auf solche klagen zu müssen, obwohl er zugab, daß die Stadt

20*

weitere Materialien als die von ihr mitgetheilten nicht besitze. Die Klage wurde in höchster Instanz abgewiesen; dabei aber als selbstverständlich der Entschädigungsanspruch, weil sich der Erblasser schuldvoll zur Rechnungsstellung außer Stande gesetzt, vorbehalten.

Was endlich den Manifestationseid als Mittel zur Ernöthigung der Vollständigkeit der Rechnungsablage betrifft, so sind auf diesem Gebiet, von den Erbschaftsklagen abgesehen [1]), die Aeußerungen der Praxis sehr sparsam. Während Entscheidungen von Jena (Seuffert V 81, 82) und von Celle (das. XXVIII 82) den Eid als Hülfsmittel versagen [2]), finden sich Aussprüche im entgegengesetzten Sinne von Lübeck (das. XIV 82 Not. 1) und von Cassel (XX 225). Die letztere Entscheidung bespricht überhaupt die Verpflichtung zur Rechnungsablage in einer Weise, welche ich für correct halte, und sie möge deshalb zum Schluß hier eine Stelle finden.

> Die Parteien, Wittwe N. und P., hatten auf gemeinschaftliche Rechnung Fruchthandel getrieben. Zur Auseinandersetzung ließ die N. dem P. eine Rechnung zustellen, welche als „Einnahme" eine Anzahl Namen von Fruchtkäufern mit beigesetzten Summen als den erlösten Preisen, daneben aber eine Anzahl (die Einnahme übersteigender) Ausgabeposten enthielt. P. erachtete dies für keine genügende Rechnung und klagte deshalb auf anderweite Rechnungsstellung, indem er namentlich geltend machte, daß die Einnahmeposten nicht die verkauften Fruchtquantitäten und die dafür gesetzten Preise enthielten, auch an der Begründung der Ausgabe-

1) Vgl. Seuffert Arch. XII 212, 346; XIII 105; XV 261; XVI 126, 265, 264; XX 148; XXIV 290; XXVII 72.

2) In der letztern Entscheidung ist die Aeußerung charakteristisch: „Auch wird man durch die Erwägung allein, daß in Fällen derartiger Ansprüche nicht dem Kläger, wohl dagegen dem Beklagten eine vollständige Specialisirung der einzelnen Forderungsobjecte möglich sei, sollte auch eine gewisse Billigkeit darauf hinweisen, doch de lege condita nicht berechtigt, eine an sich anomale Bestimmung über den wirklichen nachweisbaren Umfang ihrer Anwendung hinaus zu erweitern".

posten mehrfache Ausstellungen erhob. In der Vorinstanz wurde die Verklagte verurtheilt, dem Kläger annoch „ordnungsmäßige Rechnung" zu stellen. Beim OAG. fand diese Entscheidung Bestätigung (1866), jedoch aus folgenden Gründen; „Wenn auch durch die von der Verklagten bereits gestellte Rechnung insofern, als dieselbe das Zugeständniß einer Reihe von Einnahmeposten enthält, die wesentlichste Grundlage der zu stellenden Rechnung beschafft wurde; wenn auch ferner die Ausstellungen, welche Kläger an den verzeichneten Ausgabeposten macht, bei mangelnder Darlegung eines Interesses insofern nicht zu einer Klage auf Rechnungsstellung Veranlassung geben konnten, als es dem Rechnungsherrn freisteht, bei vermeintlich ungenügender Begründung der Ausgabeposten diese nicht anzuerkennen, und mittelst processualischer Verfolgung seiner Ansprüche lediglich auf Grund der gehabten Einnahmen den Gegner zu einer ausreichenden Begründung seine Ausgaben, wie er mit solchen processualisch durchzulangen vermeint, zu nöthigen: so sind doch die Ausstellungen, welche Kläger bezüglich der zu den verzeichneten Einnahmeposten fehlenden näheren Angaben macht, geeignet, die Klage auf eine in den von ihm hervorgehobenen Richtungen verbesserte Rechnungsstellung zu begründen; und nur in diesem Sinne ist auch die Klagbitte, sowie die erfolgte Verurtheilung aufzufassen. Namentlich steht ein Interesse des Klägers, zu den verzeichneten Einnahmeposten in den hervorgehobenen Richtungen nähere Auskunft zu erhalten, nicht zu verkennen, und die Verklagte als Rechnungspflichtige kann sich deshalb der Ertheilung dieser Auskunft, soweit sie dazu im Stande ist, insbesondere etwa weitere deshalbige Aufzeichnungen besitzt, nicht entziehen. Die Thatsache, daß Verklagte, wie sie erst in dieser Instanz mit Bestimmtheit behauptet, zu einer genauern Rechnungsstellung sich subjektiv außer Stande befinde, würde allerdings ihre Verpflichtung zur weitern Rechnungsstellung als solche erledigen. Nach Lage der Sache muß aber die Feststellung dieser Thatsache, welche ihrer Natur nach, so wie nach Maßgabe der bei den Erbschaftsklagen ausgebildeten Grundsätze nur durch die eigene eidliche Erhärtung der Verklagten erfolgen kann, der Vollziehungsinstanz überlassen bleiben.

Neue juristische Unternehmungen

von

Mauke's Verlag (Hermann Dufft).

Jena 1873.

---

v. Ihering, Rud. Die Jurisprudenz des täglichen Lebens. Eine Sammlung von leichten, an Vorfälle des gewöhnlichen Lebens anknüpfenden Rechtsfragen. Zweite vermehrte Auflage. Preis 12 Sgr.

Im täglichen Leben kommen viele Rechtsverhältnisse und Rechtsgeschäfte vor, die wegen der Unbedeutendheit des Gegenstandes kaum je zu einem Processe führen, die aber gleichwohl für den juristischen Unterricht sich mit hohen Nutzen verwenden lassen, und auf die es aus dem Grunde doppelt werthvoll sein dürfte, den Blick zu lenken, weil sie dem Anfänger Anleitung geben können, auch die Vorfälle des gewöhnlichen Lebens mit juristischem Auge zu betrachten.

---

v. Gerber, C. F. System des deutschen Privatrechts. Elfte verbesserte Auflage. Preis 4 Thlr.

Als dieses Buch vor 25 Jahren zum ersten Male erschien, begründete es eine neue Epoche in der dogmatischen Behandlung des deutschen Privatrechts. Mit einer in diesem Zweige der Wissenschaft bis dahin nicht gekannten Schärfe, war das geschichtliche Material des deutschen Rechts gesichtet, nach seiner rechtlichen Natur bestimmt und einer wissenschaftlichen Systematik unterworfen worden, und schon bald nach seinem Erscheinen fand die das Werk auszeichnende Kunst, in den präcisesten und doch gewähltesten Ausdrücken einen reichen Inhalt zu voller Klarheit und Anschaulichkeit zu bringen, die allgemeinste Anerkennung. Seit nun fast einem Vierteljahrhundert hat es in der Literatur des deutschen Privatrechts eine hervorragende Rolle gespielt; sowie es vielfach den Anstoß zu weiteren Forschungen gegeben hat, so hat es auf die neuere Gesetzgebung einen bedeutenden Einfluß geübt, und viele seiner Aufstellungen sind längst in Wissenschaft und Praxis übergegangen. Der Herr Ver-

fasser hat sich bemüht, es mit jeder Auflage unter fleißiger Berücksichtigung der neueren Literatur und Gesetzgebung zu verbessern, und namentlich hat auch diese elfte Auflage eine dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft und Gesetzgebung entsprechende umfassende Umarbeitung erfahren.

Koeppen, Albert. **Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor.** Zur Lehre von der Pendenz der Rechtsverhältnisse. Festschrift im Namen und Auftrag der Straßburger Juristenfakultät. Preis 1 Thlr. 5 Sgr.

Seitz, C. J. **Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage** und damit zur Kritik der herrschenden historischen Rechtsschule (der herrschenden Rechtsdarstellung) im Allgemeinen. Eine Studie vom Standpunkte einer wissenschaftlichen Empirie des positiven Rechtes der Gegenwart und eines gegebenen nationalen Civilrechts in Deutschland, sowie nebenbei eine Replik gegenüber Ernst Immanuel Bekker. Preis 1 Thlr. 10 Sgr.

Gerber, C. F. von. **Gesammelte juristische Abhandlungen.** Zwei Bände. Preis à 1 Thlr. 20 Sgr.

Inhalt: I. 1. Ueber deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt. 2. Ueber den Begriff der Autonomie. 3. Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideikommisse. 4. Die Familienstiftung in der Function des Familienfideikommisses. 5. Zur Lehre von den Lehns und Familienfideikommiß-Schulden. 6. Bemerkungen zur Beurtheilung genossenschaftlicher Verhältnisse.

II. 7. Zur Theorie der Reallasten. 8. Ueber die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers. 9. Betrachtungen über das Güterrecht der Ehegatten nach deutschem Rechte. 10. Ueber die Gewere in den deutschrechtlichen Quellen des Mittelalters. 11. Ueber die Handelsgebräuche. 12. Ueber die Theilbarkeit deutscher Staatsgebiete. 13. Ueber Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate.

Hesse, Dr. Ch. A. **Taschenbuch des gemeinen Civilrechts.** Zweite Ausgabe. Preis 1 Thlr., cartonnirt 1 Thlr. $2^1/_2$ Sgr.

Ein Buch, das für Juristen, besonders auch für Studirende, zu einem Wegweiser auf dem Gebiete des gemeinen Civilrechts sich eignete, auf Reisen in den Ferien, in Gerichtssitzungen, Vereinsversammlungen u. s. w. sie begleiten könnte, bequem, handlich und aushülflich, — ein solches Buch besaß die juristische Literatur noch nicht. Diese Lücke hat der Verfasser nach einem übereinstimmenden Urtheile competenter Richter durch das vorliegende Taschenbuch auf's Beste auszufüllen verstanden.

Hesse, Dr. Ch. A. Juristische Probleme. Drei Abhandlungen:

I. über das Geständniß und die Beweislast,
II. über die Rechnungslegung und Abrechnung,
III. über den Anerkennungsvertrag und die cautio indiscreta.

Preis 1 Thlr. 10 Sgr.

Pfizer, G. Thatbestand und Berufung. Ein Beitrag zur Kritik des Rechtsmittelsystems des im Königlich Preußischen Justizministerium bearbeiteten Entwurfs einer deutschen Civilproceßordnung. Preis 8 Sgr.

Bähr, Dr. O. Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilproceß. Ein Beitrag zur Kritik des im Königlich Preußischen Justizministerium bearbeiteten Entwurfs einer deutschen Civilproceßordnung. Preis 15 Sgr.

Nationalzeitung 1871 Nr. 523 äußert:

„Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilproceß", ein Beitrag zur Kritik des im preußischen Justizministerium bearbeiteten Entwurfs einer deutschen Civilproceßordnung — so nennt sich eine kleine Schrift, welche Dr. O. Bähr, Oberappellationsgerichtsrath hierselbst und Reichstagsmitglied, im Verlage von Mauke in Jena so eben hat erscheinen lassen und welche von keinem Beurtheiler des neuen Proceßordnungsentwurfs wird außer Acht gelassen werden dürfen. Es wird darin in ebenso lebhafter als glänzender Polemik der Widerspruch näher ausgeführt und zu begründen versucht, welchen der Verfasser schon auf dem deutschen Juristentage in dem vielverbreiteten Worte „Tod der Justiz" gegen die von dem gedachten Entwurf beabsichtigte Reduction des Rechtsmittels zweiter Instanz auf eine bloße Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt hat. Können wir auch nicht auf die Seite des Verfassers treten, so haben wir doch seine Schrift mit eben so großem Interesse als Vergnügen gelesen und halten sie für äußerst geeignet, das Urtheil über die hochwichtige Frage, von deren Entscheidung wesentlich die Natur der künftigen deutschen Rechtspflege und die Stellung des Richterstandes abhängen wird, zu vertiefen und zu klären. Trotz unserer abweichenden Ansicht oder vielleicht gerade wegen derselben verfehlen wir also nicht, auf die gedachte bedeutsame Schrift aufmerksam zu machen.

Dochow, Dr. A. Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen. Preis 20 Sgr.

Die Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen ist bis jetzt noch wenig bearbeitet worden. Eine Schrift über diesen Gegenstand wird daher bei Allen, welche die in mehr als einer Beziehung sich widersprechenden Bestimmungen der Strafgesetzbücher und die bisherige Literatur über die beiden Begriffe der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit kennen, als gerechtfertigt erscheinen.

VII.

Die locatio conductio operis.

Von

H. Dankwardt, Advocaten zu Rostock.

Vorwort.

So oft meine litterarischen Studien oder meine Praxis mich auf das Gebiet der locatio conductio operis führte, erkannte ich, daß dieses fruchtbare Terrain noch wenig oder gar nicht angebaut sei, daß die Theorie dieser Rechtsmaterie voller Unklarheit und Irrthum und daher voller Controversen stecke und auf viele sehr praktische Rechtsfragen gar keine oder nur eine unsichere, schwankende und reservirte Antwort gäbe. Ich beschloß dieses Rechtsinstitut zu durchforschen und meine Resultate niederzuschreiben.

Die vorliegende Abhandlung vindicirt der locatio operis ein möglichst weites Gebiet, und zwar nicht bloß nach außen, sondern auch insofern nach innen, als sie die Analogie der locatio rei vollständig durchführt, soweit diese nicht durch die besondere Natur der Dienstmiethe überhaupt oder der locatio operis insbesondere ausgeschlossen wird. Andrerseits gelangt sie zu einer erheblichen Beschränkung der gangbaren Theorie,

indem sie den Begriff der locatio operis und seine Grenzen strenge festhält, demzufolge eine besondere Art von Speculationsgeschäft, welches der locatio operis sehr ähnlich sieht, aber doch einen wesentlich verschiedenen Character hat, ausscheidet und isolirt und damit eine Controversenquelle, welche durch die Vermengung beider Arten von Verträgen entstanden ist, aufzuheben sich bemüht. Bei der Untersuchung der Essentialien und Naturalien der locatio operis sucht sie die Nothwendigkeit der Trennung eines allgemeinen und speciellen Theils der ganzen Lehre nachzuweisen und bei der Behandlung des letzteren ist sie genöthigt, eine Classification aller möglichen Opera aufzustellen, um die besonderen Essentialien und die besonderen Naturalien des Contractes, welche aus der jedesmaligen Beschaffenheit des Opus entspringen, festzustellen. Dadurch gestaltet sich die Abhandlung zu einem förmlichen System, welches sich an das practische Leben anschließt und dem Handelsgesetzbuch Gelegenheit giebt, sich in seinen einzelnen hierher gehörigen Bestimmungen überall einfach und leicht anzuschließen. Dabei wurde die Einführung einer ganz neuen Terminologie nothwendig; es sind aber — da jede unnöthige Aenderung der bestehenden Terminologie der Wissenschaft schadet, die einmal herkömmlichen Kunstausdrücke soviel als möglich conservirt worden. Der reinen locatio operis sind die Modificationen derselben und ferner ihre Combinationen mit andern Verträgen angeschlossen.

Rostock im Octbr. 1873.

H. D.

Inhalt.

Erstes Kapitel.

Begriff, Quellen und Litteratur.

Zweites Kapitel.

Perfection des Contracts, Inhalt, Schutz und Aufhebung des obligatorischen Verhältnisses.

Erstes Kapitel.

Begriff, Quellen, Litteratur.

I. Begriff.

Vorbemerkung.

§ 1.

Der Begriff der locatio conductio operis hat objective und subjective Bestandtheile; das heißt: man muß unterscheiden den Contract und die wesentlichen Voraussetzungen desselben in der Person der Contrahenten.

A. Der Contract an sich.

1. Definition.

§ 2.

Der Vertrag, durch welchen man sich einem Andern für ein bestimmtes Aequivalent in Geld zur Arbeit verpflichtet, ist Dienstmiethe[1]). Dieser allgemeine Begriff[2]) zerfällt in die locatio conductio operarum und operis. Juristisch ist jedoch zu beachten, daß die loc. cond. operis sich aus der loc. cond. operarum, wie diese aus der loc. cond. rei entwickelt hat[3]), und deshalb als eine, durch Nebenvertrag modificirte, loc. cond. operarum zu definiren ist[4]).

1) Nebenleistungen in anderer Form ändern die Natur des Contracts nicht. Arg. l. 6. § 1. D. d. A. E. V. (19. 1); l. 79. D. d. contrah. anpt. (18. 1). Puchta Pand. § 360. Besteht das Aequivalent auch nicht theilweise in Geld, sondern ganz in Dingen anderer Art, so ist der Vertrag als eine Analogie der Dienstmiethe aufzufassen und zu behandeln.

2) Das römische Recht hat dafür keine allgemeine Bezeichnung.

3) Es besteht hier jedoch eine von der der loc. operarum abweichende Terminologie in der Bezeichnung der Contrahenten. Man sagt opus locare und conducere und nennt den Arbeiter: conductor operis oder redemptor.

4) In sofern kann man allerdings mit Windscheid (Lehrb. des Pandectenrechts § 411) diesen Vertrag als einen „besondern Fall" der

2. Grenzlinien.

a) Locatio operis und operarum.

§ 3.

Auch der conductor operis verspricht, wie der locator operarum seine Dienste, verpflichtet sich also dem locator operis zur Arbeit[1]); aber er übernimmt die Herstellung oder Beschaffung eines Opus, also das dazu erforderliche Arbeitsquantum, — und die alleinige Leitung, Direction der Arbeit[2]). Es giebt Einen Fall der loc. operarum,

Dienstmiethe bezeichnen. Allein dies ist kein Grund, die loc. operis in der Darstellung mit der loc. operarum zu vermengen, und gleichsam nur beiläufig, als ein Ding anzuführen, welches man sich nebenbei merken könne. Die loc. operis ist ein besonderes Institut und die für sie geltenden eigenthümlichen Rechtssätze sind zahlreich genug, um den Complex derselben als ein eigenes Rechtsinstitut zu behandeln, ihm also eine besondere Rubrik einzuräumen. Dies ist denn auch von Arndts (Lehrb. der Pand. § 315) und andere Pandectisten geschehen, und Windscheids Verfahren muß als ein Rückschritt in der Darstellung dieser Materien bezeichnet werden. Vgl. Sintenis, das practische gem. Civilr. Bd. 2. § 118. S. 668. — Von der richtigen Definition der loc. operis hängt die Entscheidung wichtiger Rechtsfragen ab. Vgl. unten § 29 und 31. Ungenauigkeit in der Begriffsbestimmung hat hier bei namhaften juristischen Schriftstellern Schwanken in der Entscheidung von Einzelfragen zur Folge gehabt.

1) Dies wird in den Quellen sehr bestimmt ausgesprochen. L. 2. § 1. D. Loc. cond. (19. 2): Quod si ego aurum dedero, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio conductio sit. L. 22. § 1. eod: Quoties autem faciendum datur, locatio est. cit. l. 22. § 2: — loco, ut conductor omnia faciat — —; locat enim artifex operam suam. Donelli comment. d. jure civ. Tom. III. lib. VIII. c. 9. § 10. Glück Bd. 17. S. 267. Es ist unrichtig, wenn Windscheid a. a. O. sagt, man habe bei der Dienstmiethe Dienste zu leisten oder zu verschaffen. Die Fragen, worin die Contractspflicht bestehe, und: ob man befugt sei zu substituiren sind scharf zu trennen. Möglich ist auch, daß Windscheid hier die loc. operis mit dem in § 4 erörterten Vertrage verwechselt.

2) So definirt auch Donell a. a. O. § 13. Ebenso Unterholzner, die

welcher nur durch eine feine Grenzlinie von der loc. operis unterschieden wird, nämlich den, wo ein Gewerbtreibender einen Gehülfen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit engagirt, um während derselben Fabricate gewisser Art anzufertigen, und der Arbeiter für jedes Fabricat, das er anfertigen werde, einen bestimmten Lohn haben soll. Der Vertrag ist loc. operarum mit einer Nebenberedung über den Modus zur Berechnung der Merces[1]).

b) Locatio operis und Entreprise.

§ 4.

Insofern sich der conductor operis zur Arbeit[2]) verpflichtet, ist die loc. cond. operis wesentlich verschieden von jenem Speculationsgeschäfte, wobei Jemand ein Opus für Geld

Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. II. S. 347. Sintenis a. a. O. S. 671 dagegen behauptet, daß es zwar regelmäßig, aber nicht wesentlich sei, daß der Conductor die Leitung der Arbeit habe, indem er sich auf l. 51. §. 1 eod. stützt. Allein diese Stelle widerlegt grade diese Behauptung. Javolenus sagt hier: — Wenn ein Arbeiter zur Anfertigung eines Opus gebungen sei, aber rücksichtlich der Merces in Tagelohn stehe, so sei damit die loc. operis nicht ausgeschlossen, andrerseits stehe auch nicht fest, daß der Vertrag loc. operis sei; es frage sich vielmehr, wer die Leitung der Arbeit habe; wenn sie der Arbeiter habe, so liege loc. operis vor und der Arbeiter hafte für das opus vitiosum, habe sich aber der Dominus die Leitung reservirt, und deshalb die Merces als Tagelohn verabredet, so sei der Arbeiter bloßer Operarius und hafte folglich nicht für das opus vitiosum: — — poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit, nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur, tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.

1) Man nennt einen solchen Vertrag des Arbeitgebers mit dem Gesellen „Accord" und unterscheidet, ob ein Geselle in Tagelohn oder in Accord arbeite. Der Lohn heißt im letzteren Falle „Stücklohn". Reichs-Gew.-Ordn. § 112 Nr. 4.

2) cit. l. 22. § 2 eod: — faciendi necessitatem.

zu liefern verspricht, ohne sich zur Arbeit zu verpflichten[1]). Dieses Geschäft, welches im gemeinen Leben gewöhnlich durch die Ausdrücke „Unternehmung" oder „Entreprise" bezeichnet wird, fällt gar nicht in die Begriffssphäre der loc. conductio, sondern ist nach Analogie des Lieferungskaufes zu behandeln[2]).

1) Er verspricht nicht, das Opus herzustellen, sondern dafür zu sorgen und einzustehen, daß es hergestellt werde. Wenn alle Obligationen auf dare, facere oder praestare gehen (l. 3. pr. D. d. obl. et act. (44. 7)): so geht die conductio operis auf facere, jenes Speculationsgeschäft auf praestare. Der sog. Unternehmer verspricht nicht, opus facere, sondern: id se acturum, ut fiat. Vgl. oben § 3. Note 1 a. E.

2) Ein solcher Unternehmer hat die Absicht, eine loc. operis mit einem Dritten einzugehen, welcher das Opus anfertigen soll, und speculirt darauf, daß dieser eine geringere Merces fordern werde, als er von seinem Contrahenten empfängt. Wer ein Opus in Entreprise giebt anstatt eine loc. operis abzuschließen, hat die Absicht den besonderen Verpflichtungen zu entgehen, die er gegen den conductor operis übernehmen würde, und den mannigfachen Differenzen, in welche er mit diesem verwickelt werden könnte. Diese Unannehmlichkeiten übernimmt der „Unternehmer" und läßt sich dafür bezahlen. Gewöhnlich sind solche Unternehmer bloße Capitalisten, welche selbst unfähig sind, das Opus herzustellen; es kann aber auch ein Sachverständiger anstatt opus conducere dasselbe in Entreprise nehmen, und dadurch, daß ein conductor operis omne periculum übernimmt, hört der Vertrag nicht auf locatio conductio zu sein. L. 13. § 5 eod: nisi periculum in se artifex receperat, tunc enim erit ex locato actio. Die Römer haben dieses Speculationsgeschäft, welches heut zu Tage sehr gewöhnlich ist, ebenfalls gekannt. Aber der Vertrag war nicht, wie jetzt, ein Consensualcontract. Zum Abschluß desselben diente die Stipulation. In den Quellen wird daher auch die Entreprise im Tit. Dig. de verborum obligationibus (45. 1) abgehandelt. L. 14. D. eod: Si ita stipulatus essem domum aedificari. L. 137. § 3. eod: Item qui insulam fieri spopondit. L. 72. § 2 eod: Plane si insulam fulciri quis stipulatus sit. L. 38. § 21. eod: Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit. Wenn ein Opus durch Stipulation übernommen war, so galt es stets als Entreprise, mochte gesagt sein: opus fieri oder facere cit. l. 14 eod.: — vel heredem meum damnavero insulam aedificare. Vgl. l. 85 § 2 eod.: ad opus quod testator fieri jussit.

Ob der eine oder der andere Contract vorliegt, ist in concreto

---

Ausgenommen, wenn der Promissor ausdrücklich versprach, das Opus selbst zu machen. L. 31. D. d. solut. (46. 3). Den allgemeinen Gedanken der Entreprise enthält L. 81. pr. eod.: — qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum ut stet. Nach römischem Rechte ist also wesentlich zu unterscheiden die stipulatio und locatio operis. Der stipulatio operis wurde regelmäßig eine stipulatio poenae angefügt: si ita factum non esset, spondesne centum dare? l. 137. § 7 eod. Dieser Zusatz wurde dann als Novation interpretirt. L. 44 § 6. D. d. O. A. A. (44. 7): Sed si navem fieri stipulatus sim et si non feceris centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis et existens sequentis conditio hoc tollat priorem an transferat in se et quasi novatio prioris fiat? Quod magis verum est. Auch wurde außerdem oft noch ein Bürge gestellt. L. 14 eod. Die Stipulationsklage ging nur auf's Interesse, eventuell auf die Conventionalpoen. Sie konnte daher überhaupt erst angestellt werden, wenn die für das Opus erforderliche oder contractlich gesetzte Zeit verstrichen war. Cit. l. 14. eod.: nec ante agi posse ex ea causa, quam tempus praeteriisset, quo insula aedificari possit. L. 124. eod: — Insulam intra biennium illo loco aedificare spondes? Ante finem biennii stipulatio non committitur, quamvis reus promittendi non aedificaverit et tantum residui temporis sit, quo aedificium exstrui non possit; neque enim stipulationis status, cujus dies certus in exordio fuit, ex postfacto mutatur. Aus demselben Grunde konnte sich der Promissor durch spätere Leistung nicht mehr liberiren, wenn die Klage angestellt und lis contestirt war. L. 84 eod: — quodsi jam litem contestatus sim nihil tibi prodesse, si aedifices. War eine Conventionalpoen stipulirt: so trat dieser Effect schon mit der Verwirkung der Poen ein. Cit. l. 44. § 6. (44. 7). Es können demnach die Stellen, welche von der stipulatio operis handeln, nicht ohne Weiteres auf die locatio operis angewandt werden (wie dies durchweg geschieht), — auch nicht auf die Entreprise, weil diese heut zu Tage ein Consensualcontract und nach Analogie des Lieferungskaufes zu beurtheilen ist. — In den Lehrbüchern des Civilrechts wird die Entreprise gar nicht ausgesondert, vielmehr mit der loc. operis vermengt. Eben deshalb erschien die Lehre der loc. operis so schwierig, und in der That ist ohne diese scharfe Trennung der Begriffe die Bearbeitung derselben unmöglich. Bei Weiske, Rechtslex. VII. S. 807, 808 führt die Vermengung jener beiden grundverschiedenen Verträge zu der sinnlosen Eintheilung der Dienstmiethe in 1) Dienstverträge über eigne, 2) über fremde Dienste und

durch Interpretation zu finden. Besitzt der, welcher das Opus übernimmt, die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht, und ist dies dem andern Contrahenten bekannt, so ist keine locatio conductio, sondern ein Vertrag der andern Art geschlossen. Im Zweifel ist gegen den bekannten Concipienten der Contractsworte zu interpretiren, und, wenn dies nicht zu ermitteln ist, bleibt Nichts übrig, als die Regel: in dubio pro reo d. h. bei dem concreten Rechtsstreit unter den Contrahenten ist derjenige Vertrag als geschlossen anzunehmen, bei welchem der Beklagte am Günstigsten gestellt ist[1]). Ob der eine oder der andere Contract vorliegt, macht juristisch einen sehr bedeutenden Unterschied[2]). Dieser soll im Folgenden überall, wo es nöthig erscheint, angedeutet und dabei das gedachte Speculationsgeschäft durch den Ausdruck „Entreprise" bezeichnet werden[3]).

c) Operae locari solitae und non solitae.

§ 5.

Nach römischem Rechte ist eine wesentliche Voraussetzung der loc. operarum, daß die versprochenen Dienstleistungen

---

3) in solche, bei denen die Person, welche die Dienste leisten soll, ganz unbestimmt gelassen wird. Am Klarsten ausgesprochen und am Vollständigsten in ihren Consequenzen durchgeführt erscheint diese Begriffsverwechslung bei Burchardi, über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei Erfüllung von Obligationen § 18. Siehe hierüber unten §. 38. Anmerkung.

1) L. 38. § 18 D. d. V. O. (45. 1) l. 39 D. d. pact. (2, 14). L. 9. 56. D. d. R. J. (50, 17).

2) In der Praxis liegt es also im Interesse beider Contrahenten, sich hier genau auszudrücken.

3) Die Grenze zwischen der loc. operis und dem Lieferungskaufe wird nur da nothwendig, wo das Opus, dessen Herstellung übernommen wird, ein materielles ist, ist also weiter unten zu erörtern, wo von dem Contract über ein solches Opus geredet wird. Siehe unten § 34.

operae locari solitae sind. Dieselbe Voraussetzung fand also auch für die loc. operis Statt[1]). Es brauchte jedoch das verabredete Opus kein Opus locari solitum zu sein, d. h. die Herstellung des Opus nicht ein eignes Gewerbe zu bilden oder zu einem bestimmten Gewerbe zu gehören; es genügte, daß die zur Ausführung des Opus erforderliche Arbeit unter den Begriff der operae locari solitae fiel, wenn auch das Opus selbst ein individuelles war; denn auch bei der loc. operis ist es im letzten Grunde die Arbeit, welche bezahlt wird (§ 3). Ein Vertrag auf Dienstleistung für Geld ohne dieses Requisit war an sich ganz unverbindlich[2]) und selbst dann, wenn die verabredete Dienstleistung erfolgt war, fand keine Klage auf den verabredeten Preis Statt, sondern der Arbeiter hatte lediglich eine actio de dolo auf's Interesse[3]). War dagegen das Geld gezahlt, so fand gegen den

1) L. 5. §. 2. D. d. praescr. verb. (19, 5): — — si tale sit factum, quod locari solet, puta, ut tabulam pingas, pecunia data, locatio est.

2) L. 1. §. 2. D. d. rer. permut. (19, 4).

3) L. 5. § 3. D. d. praescr. verb. (19, 5): Quodsi faciam, ut des, et, postea, quam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur. (Paulus:) Diese Entscheidung des Paulus beruht darauf, daß ursprünglich in allen Fällen der Innominatcontracte nur die condictio causa data causa non secuta competirte und später die actio praescr. verbis neben dieselbe trat und anstatt derselben gebraucht werden konnte. Die Möglichkeit einer actio praescriptis verbis in einem concreten Falle setzte also die Möglichkeit einer condictio des Geleisteten voraus; wo Nichts condicirt werden konnte, cessirte auch die actio praescr. verbis. Erzeugte im Falle facio ut des der geleistete Dienst für den, welchem er geleistet wurde, eine Bereicherung, so fand die actio praescr. verbis auf die Gegenleistung allerdings Statt, und die Juristen Gajus, Celsus und Ulpian gingen hier soweit, daß sie einen, wenn auch nicht condicirbaren, Vermögensvortheil (z. B. Abwendung eines Verlustes, Ersparung einer Ausgabe) für genügend hielten. L. 9. 15. 22. 25. eod. Wie Paulus entscheidet auch die l. 4. C. d. dolo (2. 21). Ein Wider-

Arbeiter stets die actio praescr. verbis Statt[1]). Für den ersteren Fall änderte sich das Recht dahin, daß für gewisse Dienstleistungen eine besondere, nicht aus dem Vertrage entspringende[2]) actio extraordinaria auf eine Remuneration gegeben wurde[3]). Heut zu Tage sind alle Verträge auf Leistung und Gegenleistung rechtsverbindlich und daher alle Verträge, durch welche ein bestimmter Lohn in Geld für Arbeit versprochen wird, als locatio conductio operarum oder operis aufzufassen. Sie müßten jedenfalls nach Analogie derselben behandelt werden; es hätte also doch das Requisit der operae locari solitae keinen practischen Werth mehr[4]). Dies gilt auch von den Verträgen, derjenigen Per-

spruch der Quellen, wie Vangerow III. 247, 248 meint, liegt keineswegs vor.

1) Cit. l. 5 § 2 D. d. praescr. verb.; — Quodsi tale sit factum, quod locari non possit, (pecunia data) condici ei potest aut praescriptis verbis agi.

2) Weil die Klage nicht aus dem Vertrage entsprang, wie Wetzell (Syst. des ordentl. Civilproc. S. 52) sehr richtig hervorhebt, war diese actio extraordinaria nicht eigentlich eine Fortentwicklung der Theorie des Innominatcontractes für die Fälle facio ut des. Sie ging auf eine, unabhängig von aller Verabredung arbitrio judicis zu bestimmende Vergütung. Wie weit man entfernt war, hier überall ein contractliches Verhältniß zu statuiren, geht daraus hervor, daß eine besondere Klage auf Schadensersatz gegen den Feldmesser eingeführt werden mußte, welcher seinem Auftraggeber einen falschen Bericht über die vorgenommene Vermessung gegeben. L. 1 pr. D. si mensor falsum modum dixerit (11, 6). Der römische Standpunct der Beurtheilung wird von Ulpian in dieser Stelle dahin gegeben: — non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari.

3) L. 1. D. d. extraord. cognit. (50, 13). L. 1. D. d. proxenetis (50, 14). Sie hieß extraordinaria, weil sie vom Magistrat selbst verhandelt und kein Juder bestellt wurde.

4) Der Unterschied dieser Verträge von der eigentlichen loc. conductio ist also nur noch ein nomineller. Weiske a. a. O. VII. S. 805.

sonen, denen aus ihrer Dienstleistung die actio extraordinaria gegeben wurde [1]). Ja, es bedarf hier nicht einmal der Analogie, weil alle diese Personen heut zu Tage von ihren Kenntnissen, Fähigkeiten und Dienstleistungen leben wollen und müssen, und die öffentliche Meinung es nicht mehr für unanständig hält, solche Dienste für Geld gewerbmäßig zu leisten [2]). Das Ver-

Note 341. Manche wollen für einzelne Fälle, namentlich wo die Dienstleistung in einer „Stellvertretung" des andern Contrahenten besteht, die Analogie des Mandats zur Anwendung bringen. Weiske a. a. O. Vgl. Unterholzner a. a. O. II. §. 521. Allein zwischen ganz wesentlich verschiedenen Verträgen findet keine Analogie Statt. Die Rechtsvorschriften eines Vertrags auf unentgeltliche Dienstleistung können nicht analogisch auf Verträge angewandt werden, welche auf Leistung und Gegenleistung gehen. Dies streitet gegen das Wesen der Analogie. Nur für einzelne Fragen liefert aushülflich das Mandat der loc. operis einzelne Rechtssätze und man kann insofern von einer Ergänzung der letzteren durch das Mandat im Wege der Analogie reden. Siehe hierüber unten § 8 u. § 35. — Andere wollen die Analogie der loc. conductio in den Fällen ausschließen, wo das Verhältniß auf beiderseitige freie Kündigung steht, (Windscheid a. a. O. § 404, Note 13) wofür jedoch gar kein Grund ersichtlich ist, denn die Dienstmiethe kann sehr wohl auf beiderseitige freie Kündigung stehen.

1) Das Verhältniß des Advocaten zum Clienten wurde schon in der römischen Kaiserzeit als loc. conductio behandelt. Denn Severus nennt die Remuneration des Advocaten bereits merces. Cit. l. 1 § 13 D. d. extraord. cogn. (50, 13) und in der Justinianeischen Compilation wird die Frage, unter welchen Umständen Advocaten pränumerirtes Honorar zu restituiren haben, im Titel locati conducti erörtert. L. 38. § 1. D. loc. cond. (19, 2). Siehe unten § 22. Note 1).

2) Vgl. Dankwardt, Nationalök. civ. Studien II S. 117. Windscheid a. a. O. Gegenwärtig herrscht der Grundsatz: Jeder will und muß von seiner Arbeit leben. Ferner: „Die Zeit ist Geld." Es ist also nicht sowohl die Arbeit als die Zeit, die man sich bezahlen läßt. Diese Anschauung liegt auch offenbar schon dem bekannten Rescript des Antoninus in l. 19 §. 9. D. Loc. zu Grunde: si eodem anno mercedes ab alio non accepisti. In jedem Berufe hat ein Tag seinen bestimmten Werth. Jeder Dienst, den Einer dem Andern leistet, wird seinem Werthe nach durch die Zeit gemessen, welche er in Anspruch nimmt, und es giebt keine Dienstleistungen mehr, welche keinen

bot für die Lehrer der Philosophie und des Civilrechts, für ihre Vorträge Geld zu nehmen, ist längst in desuetudinem gekommen[1]). Dennoch ist die actio extraordinaria nicht für obsolet zu halten[2]). Sie bleibt auch noch jetzt practisch für diejenigen Fälle, in denen solche Personen ein Honorar weder ausdrücklich noch stillschweigend[3]) beredet haben, gestützt auf die mit Wissen und Willen des Andern ihm geleisteten Dienste und gerichtet auf eine billig mäßige, richterlich festzustellende Remuneration. Sie kann besonders practisch werden in dem Falle, wo der Contrahent und der, welchem der Dienst geleistet wird, verschiedene Personen sind. Z. B. A ruft einen Arzt zum B, welcher besinnungslos daliegt. Hier hat der Arzt gegen den B die act. extraordinaria auf Remuneration. Auch bleibt neben der actio mandati die extraordinaria auf verabredetes Honorar practisch. Sie findet dann Statt, wenn vertragsmäßig der Dienst umsonst geleistet werden soll[4]), und der Auftraggeber dem Mandatar ein Geschenk[5]) als Erkenntlichkeit verspricht. So liegt die Sache stets, wenn nach herrschender Sitte der Dienst nicht bezahlt zu werden pflegt und deshalb auch nach römischer Sitte bei Uebernahme einer

---

Werth haben. Das Handelsrecht Art. 290 hat dieses auf die öffentliche Meinung gestützte Princip vollständig durchgeführt, indem es dem Kaufmann für jeden, noch so kleinen Dienst eine Provision zubilligt.

1) Lit. l. 1. §. 4. 5. D. d. extr. cognit. (50. 13).

2) Insofern ist sie allerdings obsolet als die actiones schon in der römischen Kaiserzeit actiones extraordinariae waren, da der Formularproceß, mit welchem diese Terminologie zusammenhing, aufhörte.

3) Wo ein üblicher Preis nicht besteht und eine gesetzliche Taxe nicht normirt.

4) L. 1. § 4. D. Mandati (17. 1): Mandatum nisi gratuitum nullum est.

5) L. 6. pr. eod.: — remunerandi gratia. Honorar ist nämlich eine remuneratorische Schenkung. Es kann daher auch neben einer Merces vorkommen.

Proceßprocuratur [1]). Heut zu Tage muß man unterscheiden: Advocaten, welche die Procuratur übernehmen, und andere Procuratoren. Nur auf letztere ist das römische Recht anwendbar.

B. Subjective Voraussetzungen [2]).

1. Interesse des Locators.

§ 6.

Nach einem allgemeinen Grundsatze des Obligationenrechts muß der Locator operis ein Vermögensinteresse an der Herstellung des Opus haben. Allein dieses Interesse liegt allemal vor und ist auch seiner Größe nach in der verabredeten Merces vertragsmäßig festgestellt [3]). Ist das Opus also eine Leistung des Conductors an einem Dritten [4]), so kann die Gültigkeit des Vertrages, wegen mangelnden Interesses des Locators, nicht in Zweifel gezogen werden.

2. Fähigkeit des Conductors.

§ 7.

Weil bei der locatio operis vorausgesetzt wird, daß der Conductor die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitze (Vgl. oben § 3 Note 1), so ist ein Irrthum des Loca-

---

1) Hieraus erklärt sich die l. 7. eod.

2) Die allgemeine Rechtsfähigkeit rücksichtlich der Abschließung dieses Vertrages ist für Einen Contract, welcher wenigstens nach Analogie der loc. operis zu behandeln ist, gewissen Personen entzogen. Reichsgewerbeordnung § 116.

3) So auch heut zu Tage bei der „Entreprise" (§ 4). Anders nach römischem Rechte, nach welchem dieser Vertrag durch zwei von einander unabhängige Stipulationen geschlossen wurde. Bei der stipulatio operis trat die allgemeine Regel ein. L. 95. D. d. V. O. (45. 1): Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, — — si insulam fieri ejus intersit. Vgl. oben § 4 Note 1).

4) Z. B. Jemand giebt einen Knaben bei einem Handwerker für ein bestimmtes Lehrgeld in die Lehre.

tors in dieser Beziehung ein Irrthum über **die wesentlichen Eigenschaften des Contractsgegenstandes**, wodurch der Vertrag von vorn herein null und nichtig wird[1]). Legt der, welcher das Opus übernimmt, sich diese Eigenschaften gar nicht bei, so will er einen ganz andern Vertrag abschließen, wie der andere Contrahent (§ 4) und der Vertrag ist nichtig wegen Irrthums über die Natur des Rechtsgeschäfts[2]).

II. Quellen und Litteratur.

§ 8.

Das römische Recht hat in denjenigen Rechtsvorschriften, welche die locatio conductio operis direct zum Gegenstande haben, dieses Rechtsinstitut nicht erschöpfend behandelt. Oft sind wir also auf die Analogie der loc. cond. operarum[3]) verwiesen, d. h., da für diese die Quellen noch spärlicher fließen, auf die Ana-

1) Arg. l. 11. § 1. D. d. contrah. empt. (18. 1): Si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, nulla emptio nulla venditio est. Nicht so bei der Entreprise (§ 4). L. 137. § 5. D. d. V. O. (45. 1): Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, quum alii, possibile sit, jure factam obligationem, Sabinus scribit. Die Nichtigkeit des Vertrags beschränkt sich übrigens auf den Fall **gänzlicher** Unfähigkeit. Z. B. Jemand giebt seinen Sohn in die Uhrmacherlehre, und es stellt sich später heraus, daß der Lehrherr gar kein Uhrmacher, sondern ein bloßer Uhrenhändler ist, der sich einen Gesellen zur Besorgung von Reparaturen hält. Ist der Conductor ein Sachverständiger aber seine Kenntnisse sind **mangelhaft**, so ist der Vertrag gültig. Arg. cit. l. 11. § 1: — si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit. L. 9. §. 2 eod. War er in dolo, so findet die actio locati gegen ihn Statt auf Rescission des Contracts und auf's Interesse. Arg. l. 11. §. 5. D. d. A. E. V. (19. 1): — ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem. Vgl. unten § 30. Glück Bd. 17. S. 306.

2) Arg. l. 9. pr. D. d. contrah. empt. (18. 1) l. 3. § 1. D. d. obl. et. act. (44. 7) l. 18. D. d. reb. cred. (12. 1).

3) Donellus loc. cit: — „plane iisdem conditionibus, quibus in locatione op**erae** deberi diximus:“

logie der loc. cond. rei[1]). Aber auch dadurch werden nicht alle Lücken, welche das Recht gelassen hat, ausgefüllt. Um für gewisse Fragen, welche nothwendig zu beantworten sind, die erforderlichen Rechtsnormen zu gewinnen, müssen wir noch weiter auf die Analogie[2]) des Mandats zurückgehen. Es begreift sich von selbst, daß für alle Fälle, wo Jemand einem Andern mit dessen Wissen und Willen Dienste leistet, auf beiden Seiten Verpflichtungen entstehen müssen, welche ganz unabhängig von der Frage sind, ob der Dienst bezahlt oder umsonst geleistet wird. Die hier normirenden Rechtssätze liefert das Mandat. Alle Rechtssätze des Mandats, welche nicht in der Unentgeltlichkeit der Dienstleistung ihren Grund haben[3]), gelten analogisch für die loc. operarum und operis[4]). Bei einzelnen Fragen sind wir genöthigt, auch die Analogie des Kaufes heranzuziehen[5]). Die locatio operis kann unter Umständen ein Handelsgeschäft sein[6]). Unsere Absicht ist jedoch hier — wo es sich zuvörderst nur darum handelt, in dieser Materie aufzuräumen —, uns im Wesentlichen auf die Darstellung des römischen Rechts zu beschränken; die einschlagen-

1) Donellus eod. § 1: „Qui operas suas locavit, eas praestare debet, tamquam rem et corpus fruendum daret, quod locasset.

2) Wie dieser Ausdruck hier gemeint ist, darüber siehe oben S. 310 Note 4.

3) Diese lassen sich sehr leicht aussondern.

4) Der einzige Rechtslehrer, welcher diesen wichtigen Satz hervorhebt, ist, — soviel ich weiß — Wächter. Siehe die gedruckten Beilagen zu seinem Pandectenheft. Vgl. übrigens Dankwardt, Nationalök. und Jurispr. IV. S. 66. 67.

5) Donellus loc. cit. L. 2. pr. D. Loc. cond. (19. 2): Locatio conductio proxima est emptioni et venditioni iisdemque juris regulis consistit. Miethe ist Kauf, dessen Object nur in einem eigenthümlichen immateriellen Gegenstande besteht und daher einige Modificationen nothwendig macht. Dankwardt a. a. O. II S. 14. 15.

6) Deutsch. HGB. Art. 271. Nr. 4. Art. 272.

den handelsrechtlichen Bestimmungen werden daher nur kurz angedeutet werden. Ebenso die Bestimmungen der Reichs-Gewerbe-Ordnung [1]).

§ 9.

Eine Monographie der locatio conductio operis existirt nicht. Dagegen findet sich eine, wiewohl nicht eben reichhaltige, Litteratur über Einzelfragen. Diese hier indessen zusammenzustellen, wäre nutzlos. Es wird genügen, sie an dem betreffenden Orte anzuführen.

Zweites Kapitel.

Perfection des Contracts, Inhalt, Schutz und Aufhebung des obligatorischen Verhältnisses.

Vorbemerkung.

§ 10.

Es ist zu unterscheiden: die reine loc. cond. operis, deren Modificationen und deren Combinationen mit anderen Verträgen.

I. Die reine locatio conductio operis.

Einleitung.

§ 11.

Sowohl für die Essentialien als auch für die Naturalien dieses Contracts kommt es auf die Beschaffenheit des Opus an, welches Gegenstand des Vertrags ist. Es sind daher für die Perfection des Vertrags, die allgemeinen Requisite und diejenigen zu unterscheiden, welche aus der Natur des Opus entspringen, und für den Inhalt des Vertrags die allgemeinen Pflichten und diejenigen, welche die Natur des Opus mit sich bringt. Die Theorie des Civilrechts hat

---

1) Reichs-Gew.-Ord. § 115—126. Vgl. unten § 59.

also die unumgängliche Aufgabe, nicht bloß den Begriff des Opus überhaupt, sondern auch, wenn sie nicht auf einige magere, für Studirende und Practiker unzulängliche, Bemerkungen sich beschränken will, — eine Classification aller Opera, welche möglicherweise Gegenstand des Vertrags sein können, zu geben[1]).

§ 12.

Opus ist jeder durch Arbeit zu erreichende Zweck. Arbeit — von den römischen Juristen durch das Wort opera oder operae bezeichnet — ist also das Mittel zum Zweck, und jedes Opus enthält allemal und repräsentirt immer ein durch die eigenthümliche Beschaffenheit des Opus bestimmtes Arbeitsquantum; aber man darf dieses in einem Opus steckende Arbeitsquantum nicht mit dem Opus selbst verwechseln. Der Zweck kann durch einen einzigen Arbeits-Act erreicht werden[2]); er kann aber auch eine Reihe von Handlungen erfordern, in welchem letzteren Falle man für die Herstellung des Opus einen Anfang, Verlauf und Erfolg unterscheidet[3]). Dadurch entsteht, weil der Erfolg durch culpa oder casus vereitelt werden kann, der Begriff des periculum operis[4]).

§ 13.

Es giebt Zwecke, welche nur approximativ zu erreichen sind, z. B. die Unterweisung in einer bestimmten Sprache oder Wissenschaft. So entsteht der Begriff eines Opus indefinitum. Hier dient die Zeit dazu ein solches Opus zu einem

1) Die bisherige Theorie des Civilrechts hat sich diese Aufgabe gar nicht gestellt, und darin liegt ein weiterer Grund, weshalb die Darstellung der loc. operis in den Lehrbüchern so überaus mangelhaft ist.

2) Es kann z. B. eine Operation in einem einzigen Schnitt des Chirurgen bestehen.

3) Z. B. die Ausführung eines Baues.

4) Cit. l. 13 § 5. D. Loc. cond. (19. 2).

definiten zu machen, indem sie die erforderliche Arbeit in einen bestimmten Zeitraum einschließt. So wird z. B. der Unterricht, auf einen bestimmten Zeitraum (Cursus, Semester) beschränkt, ein opus definitum [1]).

§ 14.

Der Zweck kann ein positiver und ein negativer sein. Letzteres, wenn durch die Arbeit bewirkt werden soll, daß ein Umstand nicht eintrete, z. B. daß eine Sache nicht abhanden komme [2]).

§ 15.

Bei den Römern wurde im gemeinen Leben der Begriff „opus" regelmäßig im wirthschaftlichen Sinne genommen, so daß derselbe identisch wurde mit dem Begriffe „Product". Ebenso denkt man heut zu Tage, wenn es sich um Arbeits-Zwecke handelt, regelmäßig an industrielle Erzeugnisse. Von diesem Standpuncte wird uns die Bahn eröffnet, eine Eintheilung aller möglichen Opera aufzustellen [3]). Bedeutet Opus soviel als Product, so zerfallen alle Opera in materielle und immaterielle, und unter den letzteren sind Producte zu verstehen, welche mit und während ihrer Entstehung sofort consumirt werden, z. B. eine Theatervorstellung, ein Concert, ein Feuerwerk.

§ 16.

Das materielle Opus kann bestehen: 1) in einer bloßen Veränderung des Grund und Bodens und letztere constructiv sein (z. B. Anlegung eines Canals) oder destructiv z. B. Abbruch eines Gebäudes oder Ausrodung eines Waldes).

---

1) Vgl. unten § 48.

2) Vgl. unten § 58.

3) Wir verdanken sie also der Nationalökonomie. Diese zeigt sich mithin auch in dieser Materie als eine unentbehrliche Hülfswissenschaft.

2) in der Verbindung beweglicher Sachen mit dem Boden. Dahin gehören alle Bauten.

3) in der Umformung beweglicher Sachen. Dahin gehören alle Erzeugnisse der Manufacturindustrie und deren Reparaturen.

4) in dem Transport einer Sache von einem Orte nach einem anderen. Das wirthschaftliche Product ist hier der Werthzusatz, den die Sache durch den Transport erhält. Der Transport zerfällt in Land- und Wasser-Transport[1]).

§ 17.

Immaterielle Opera sind:

1) Die Personen Beförderung,

2) wissenschaftliche Leistungen,

a) theoretische, — Unterricht;

b) practische, z. B. der Aerzte, Hebammen, Advokaten, Notare, Feldmesser u. s. w.

3) Künstlerische Leistungen und Kunstvorstellungen.

§ 18.

Von großer Wichtigkeit wird die Frage nach der Theilbarkeit des Opus, weil davon die Beantwortung der Frage abhängt: — ob ein Opus theilweise ausgeführt und bezahlt werden kann? ob es möglich ist, daß von Mehreren, welche ein Opus auszuführen versprochen haben, der Einzelne nur pro rata verpflichtet sein kann? Das Opus als ein facere, eine Handlung oder eine Reihe zusammenhängender Handlungen, sofern es einen bestimmten Zeitraum erfüllt, ist der Zeit nach

1) Eine andere Eintheilung hat aus juristischen Gründen das deutsche Handelsgesetzbuch. Es unterscheidet: 1) Transport zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern. 2) Transport zur See. Art. 390. 432.

allemal theilbar[1]) und, wenn es in einer Bewegung von einem Orte nach einem anderen besteht, auch dem Raum nach theilbar[2]). Das Opus als Arbeitsresultat ist theilbar, wenn es einen Raum einnimmt und somit unter den Begriff der Quantität fällt, — nach Maaß, Zahl und Gewicht[3]). Das Opus als abstracter Werth ist, weil dieser sich in einer bestimmten Summe Geldes darstellt, stets theilbar[4]). Wenn der Jurist Paulus sagt: Operis effectus in partes scindi non potest[5]), so hat er das eben Gesagte nicht in Abrede stellen wollen. Denn dieser Ausspruch bezieht sich nicht auf den Fall, wo Jemand ein Opus auszuführen, sondern dafür einstehen soll, daß es ausgeführt werde[6]).

A. Allgemeine Grundsätze.

AA. Die Essentialien des Contracts.

§ 19.

Allgemein gehört zur Perfection dieses Vertrages nur die Einigung der Contrahenten über das Opus und die Merces, wie beim Kauf[7]).

1) Ein Unterrichts-Cursus ist der Zeit nach theilbar.

2) Hierauf beruht der seerechtliche Begriff der Distanzfracht. HGB. Art. 632.

3) So, wenn das Opus eine Quantität gleichartiger Fabricate bildet.

4) Es kann daher die nur theilweise Ausführung eines Baues in Geld geschätzt werden.

5) L. 85. § 2. D. d. V. O. (45. 1).

6) Der Ton liegt auf „effectus“. Vgl. oben S. 306 Note 1.

7) Ist eine Merces nur bedingt versprochen, so wird durch den Eintritt der Bedingung der Vertrag loc. conductio. Inzwischen und im Falle der Deficienz der Bedingung kommen diejenigen Rechtssätze zur Anwendung, welche gemeinschaftlich für Mandat und loc. operis gelten. So, wenn das Opus in dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten besteht (vgl. unten § 51) und eine Merces nur für

1) Das Opus muß, nach dem allgemeinen Grundsatze über den Begriff einer Obligatio, bestimmt bezeichnet sein. Was aber dazu gehört, läßt sich im Allgemeinen nicht angeben; darüber entscheidet die jedesmalige Beschaffenheit des Opus. Ebenso ist es quaestio facti, ob eine bloß generelle Bezeichnung des Opus genügt. Als Regel läßt sich indessen hinstellen, daß das Opus hinlänglich bestimmt ist, wenn der Conductor genau weiß, was er zu thun hat, sodaß eventuell möglich wäre, eine richterliche Zwangsexecution gegen ihn zu verfügen. Irrthum über die Natur des Opus macht den Vertrag null [1]).

Anlangend:

2) die Merces, so muß auch sie vor allen Dingen bestimmt sein [2]); dagegen ist eine Beredung derselben in runder

---

den Fall bezahlt werden soll, daß das Rechtsgeschäft wirklich zu Stande kommt. Ferner in allen Fällen, wo der conductor operis das periculum operis vollständig übernimmt, sodaß eine Merces nur dann bezahlt werden soll, wenn er es wirklich in contractsmäßiger Beschaffenheit abliefert.

1) L. 57. D. d. obl. et act. (44. 7): In omnibus negotiis contrahendis — — si error aliquis intervenerit, ut aliud sentiat, puta qui — — conduxit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti est. Und diese Nullität tritt nicht bloß dann ein, wenn das Opus, welches der Conductor meint, ein ganz anderes Ding ist, als der Locator bestellen wollte, sondern auch dann, wenn beide zwar dasselbe Ding meinten, aber ein Irrthum über wesentliche Eigenschaften desselben obwaltet. Arg. cit. l. 11. § 1. D. d. contrah. empt. (18. 1). Vgl. S. 314 Note 1. Es kann ein Irrthum über die subjective Fähigkeit (§ 7) und über die Natur des Opus zugleich vorliegen. Dann ist der Vertrag aus einem doppelten Grund null. Z. B. Jemand will Unterricht in der Russischen Sprache nehmen und der andre Contrahent, welcher das Russische nicht versteht, glaubt, es handle sich um die Englische Sprache.

2) Ist die Größe der Merces noch von einer Bedingung abhängig gemacht, so wird der Vertrag erst mit dem Eintritt der Bedingung loc. conductio. Inzwischen und im Falle der Deficienz der Bedingung wird das Verhältniß rechtlich so behandelt, wie eben S. 320 Note 7) angegeben. Es kann sowohl die Merces als auch ihre Größe unter eine Bedingung

Summe (in aversione) nicht erforderlich; denn da es im Grund auch hier die Arbeit[1]) ist, welche bezahlt werden soll so steht eine Beredung der Merces als Tagelohn mit der Natur des Contracts nicht in Widerspruch[2]). Auch braucht sie nicht ausdrücklich beredet zu sein, wenn das Opus einen üblichen Preis hat[3]).

BB. Die Naturalien des Vertrags.

A. Die Pflichten des Conductors.

§ 20.

Der Conductor hat das zur Vollführung des Opus erforderliche Arbeitsquantum zu leisten[4]), also dabei auch für die nöthigen Geräthschaften selbst zu sorgen[5]), nicht aber die

---

gestellt sein, damit das Verhältniß loc. conductio wird. Ueber die römische Behandlung dieses Falles siehe l. 13. pr. D. d. praescr. verb. (19. 5).

1) Nicht das Opus. Anders bei der Entreprise; da wird das Opus, nicht die Arbeit bezahlt.

2) L. 51. § 1. D. loc. cond. 19. 2): — — non enim quidquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinet.

3) Beredung, aber keine ausdrückliche Beredung verlangt § 1. J. d. mand. (3. 26). Unterholzner a. a. O. § 314. Langenn u. Korf, Erört. S. 5. Pfeiffer, pract. Ausf. VII. Abth. VII. S. 151. ff.

4) Siehe die oben S. 304 Note 1) citirten Stellen. Anders bei der Entreprise (§ 4).

5) Nicht bloß im Zweifel. Denn er hat die Arbeit übernommen, und Werkzeuge sind Hülfs- und Erleichterungsmittel der Arbeit. Wie er die Arbeit fertig bringe, — ob mit oder ohne Werkzeuge, eventuell, wie er sich die Arbeit erleichtere, dies ist ganz seine, des Conductors, Sache. Ihm liegt also der Beweis ob, daß der Locator ihm das nöthige Geräth zu liefern habe. Es ist daher durchaus unrichtig, mit Weiske (a. a. O. S. 813) so zu raisonniren: Die Frage ist quaestio facti, in dubio pro reo d. h. conductore. Gar nicht

mit der Ausführung des Opus nothwendig verbundenen baaren Auslagen zu bestreiten[1]); als vertragsmäßig stillschweigend übernommen gelten sie aber, wenn der Conductor beim Abschluß des Contracts die Nothwendigkeit solcher Auslagen wußte[2]). Von mehreren Conductoren haftet Jeder in solidum[3]). Daß er die Arbeit selbst leiste, daran hat der Locator kein Interesse; er darf also, wenn es ihm nicht untersagt ist, stubstituiren[4]). Daß er die Arbeit allein ausführe, liegt gar nicht in seiner Contractspflicht; er darf also Hülfsarbeiter (operarii)

---

hierher gehört die Frage, welche Weiske hier einmischt und in gleicher Weise entscheiden will, — wer von beiden Contrahenten die nöthigen Materialien, namentlich das sog. Nebenmaterial, — die sog. Zuthaten (Sintenis) zu liefern habe. Siehe hierüber unten § 34.

1) Unterholzner a. a. O. S. 353.

2) So z. B. Brücken- und Wegegelder beim Transport L. 50 § 8. D. loc. cond. (19. 2): vehiculum conduxisti ut onus tuum portaret et tecum iter faceret; id quum pontem transiret, redemptor ejus pontis portorium ab eo exigebat. Quaerebatur: an etiam pro ipsa sola rheda portorium daturus fuerit? Puto si mulio non ignoravit, ea se transiturum, quum vehiculum locaret, mulionem praestare debere. Sintenis, Civilr. Bd. II. § 118.

3) Arg. l. 60. § 2. D. Mandati (17. 1). Unterholzner a. a. O. S. 351. Soll also Jeder der mehreren Conductoren pro rata haften: so muß 1) das Opus theilbar und 2) auch contractlich getheilt sein, sodaß so viele Contracte vorliegen, als Conductoren vorhanden sind. So beim Baucontract, wenn mit jedem einzelnen Bauhandwerker, — Maurer, Zimmermann, Tischler, Maler u. s. w. besonders contrahirt und für die Maurer-, Zimmer- u. s. w. Arbeit, eine besondere Merces beredet ist. Mehrere Entrepreneurs haften nach römischem Rechte stets in solidum cit. l. 85. § 2. D. d. V. O. (45. 1); für das heutige Recht normiren analog die Grundsätze vom Lieferungskauf.

4) Das heißt, einem Anderen die Leitung der Arbeit ganz oder theilweise übertragen. Es besteht in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen Conductor operis und Mandatar. L. 13. § 1. D. Mand. (17. 1). Die Uebertragung kann eine vollständige sublocatio sein. L. 38. § 21. D. loc. cond. (19. 2): si quis id locaverit faciendum, quod ipse conduxerit, constat habere eum utilem ex locato actionem.

heranziehen[1]). Die Substitution kann aber untersagt sein[2]), — ausdrücklich[3]) oder stillschweigend[4]). Der Conductor muß, wenn ihm kein Termin für den Anfang gesetzt, auch ihm in dieser Rücksicht durch Nebenvertrag kein Spielraum gelassen ist[5]), sofort an die contracliche Leistung gehen, also die Arbeit beginnen[6]) und fortführen. Wie das „sofort" zu ver-

1) L. 25. § 7. eod. — eorumque quorum opera uteretur. Der Operarius ist nicht mit dem Substituten zu verwechseln. Jener ist bloßes Werkzeug, dieser Vertreter des Conductors. Dieser Unterschied wird wichtig bei der Frage, in welchem Grade der Conductor für den Substituten und Operarius verantwortlich ist. Windscheid a. a. O. vermengt beide Begriffe.

2) Cit. l. 13. § 1. D. eod: — ceterum, si invito domino fecit, — — tunc ex locato agendum.

3) L. 31. D. d. solut. (46. 3).; Inter artifices longa differentia est ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fidejussor ipse aedificans vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum. Vgl. oben S. 306 Note 2.

4) Das ist auch dann der Fall, wenn die Substitution an sich dem Locator gefährlich werden kann. Cit l. 13. § 1: — — quo non debuit tempore.

5) Stillschweigend ist ihm ein solcher Spielraum immer dann eingeräumt, wenn ihm zur Ausführung des Opus eine viel längere Frist gesetzt ist, als erforderlich. Hat er in diesem Falle die Frist soweit verstreichen lassen, daß ihm nur noch die zur Ausführung des Opus nothwendig erforderliche Zeit übrig ist, so kann er angehalten werden, die Arbeit zu beginnen.

6) Dieser Satz ist eine von den wichtigen Consequenzen aus dem oben im § 2 aufgestellten Begriff der locatio operis, — folgt einfach daraus, daß der conductor operis zum facere verpflichtet und die loc. operis nur eine modificirte loc. operarum ist, oder, wie Glück a. a. O. sich ausdrückt, daß jeder conductor operis auch als locator operarum aufzufassen ist. Diese Pflicht des Conductors cessirt auch dann nicht, wenn ein Termin für die Vollendung des Opus gesetzt ist. Denn diese Nebenberedung alterirt die contractliche Verpflichtung des Conductors ad faciendum gar nicht; sie zwingt ihn nur, so fleißig zu arbeiten,

stehen sei, ist in concreto durch arbitrium boni viri zu

daß das Opus zur festgesetzten Zeit vollendet ist. Die Verpflichtung des Conductors wird schlechtweg ausgesprochen in l. 14. C. d. loc. et cond. (4. 65): Si hi, qui a vobis redemerant frumentum et hordeum annonaein ferendum, accepta pecunia fidem fefellerunt, ex locato cum eis agere potestis. Daß die Worte: „accepta pecunia“ hier nicht conditionatim gemeint sind, bedarf wohl keiner Bemerkung. Sie erklären sich dadurch, daß das vorliegende Rescript durch einen concreten Fall veranlaßt ist, wo gerade zufällig die Sache so lag, daß den Conductoren die Merces pränumerirt war. Westphal a. a. O. § 958. Das Handelsgesetzbuch Art. 394 stimmt beim Frachtgeschäft mit dem römischen Rechte nur für den Fall überein, daß über die Zeit, binnen welcher der Frachtführer den Transport bewirken soll, im Frachtvertrage Nichts bedungen ist; die Frist, „innerhalb deren er die Reise antreten muß“ soll dann durch den Ortsgebrauch bestimmt werden, und wo ein solcher nicht besteht, soll die Reise binnen einer „den Umständen angemessenen Frist“ angetreten werden. Arg. a. contrario soll also das Frachtgeschäft, wenn über die Zeit, binnen welcher der Frachtführer den Transport bewirken soll, contractliche Bestimmungen vorliegen, nicht als loc. operis sondern als Entreprise (§ 4) behandelt werden. Der Frachtführer ist dann nicht verpflichtet, die Güter nach dem Bestimmungsorte zu transportiren, sondern zu liefern und eine Verpflichtung zum Antritt der Reise existirt gar nicht. Wo der conductor operis der Regel gemäß die Arbeit sofort beginnen muß, ist auch die Klage gegen den säumigen Conductor sogleich nata. Dem scheinen freilich einzelne Stellen zu widersprechen: cit. l. 14. D. d. V. O. (45. 1): — non ante agi posse ex ea causa, quam tempus praeteriisset, quo insula aedificari possit nec fidejussores dati ante diem tenebuntur. L. 98. § 1. eod: Ex hac stipulatione: insulam fulciri spondes? quando nascitur actio, quaeritur. Et utique non est exspectandum, ut ruat; — — — nec tamen recte agatur, si nondum praeterierit temporis tantum, quo fulciri potuerit redemptor. L. 124. eod: — — Ante finem biennii stipulatio non committitur, quamvis reus promittendi non aedificaverit et tantum residui temporis sit, quo aedificium exstrui non possit. Aber es ist wohl zu beachten, daß diese Stellen nicht von der locatio, sondern von der stipulatio operis, also — nach heutiger Terminologie — von der Entrepriese reden. Die citirten Stellen erklären sich aus der eigenthümlichen Natur dieser Stipulation, bei welcher die Verpflichtung lediglich dahin ging, das Interesse zu bezahlen, wenn das Opus nicht rechtzeitig fertig würde. Vgl. oben S. 306 Note 2. — Das in der vorstehenden Note Gesagte möge schließlich durch folgende Beispiele ver-

bestimmen [1]). In wie weit Unterbrechungen und Pausen zu gestatten sind, darüber entscheidet die Natur des Opus, die Ueblichkeit und die aus den begleitenden Umständen zu entnehmende stillschweigende Meinung der Contrahenten. Ist für die Vollendung des Opus kein Zeitpunkt verabredet worden, so darf der Conductor diejenige Frist in Anspruch nehmen, welche zur Herstellung des Opus erforderlich ist, jedoch nicht mehr als nothwendig erforderlich ist [2]). Wo eine genaue

---

anschaulicht werden: 1) Wenn Jemand im Monat April einen Gärtner engagirt, um ihm seinen Garten in Ordnung zu bringen, und dieses Opus mindestens einen Zeitraum von vier Wochen in Anspruch nimmt, so hat der Gärtner die Arbeit sofort zu beginnen und kann darauf mit der actio locati belangt werden, wenn er sich nicht einfindet; 2) wenn ein Capitalist den binnen einer bestimmten Frist auszuführenden Transport einer Quantität Mauersteine von einer bestimmten Ziegelei nach einem bestimmten Bauplatz übernimmt, so existirt eine Verpflichtung zur Arbeit gar nicht und eine Klage aus dem Vertrag kann vor Ablauf der Frist gegen ihn nicht angestellt werden.

1) L. 137. § 3. D. d. V. O. (45. 1): Item qui insulam fieri spopondit, non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet nec rursus uno et altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque. Die Stelle redet von der Entreprise, beruht aber auf der stillschweigenden Meinung der Contrahenten und gilt aus diesem Grund auch von der loc. operis. Vgl. HGB. Art. 394 cit.: — „die Reise binnen einer den Umständen des Falles angemessenen Frist anzutreten."

2) L. 58. § 1. D. Loc. cond. (19. 2): — — id actum esse apparet, ut eo spatio (opus) absolveretur, sine quo fieri non possit. Jedoch ist dies nicht im strengsten Sinne zu nehmen L. 137. § 2. D. d. V. O. (45. 1): — et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod se facturum promisit. Ueberhäufung mit anderweitigen Bestellungen entschuldigt aber den Conductor nicht, wenn innerhalb solcher Frist das Opus nicht fertig wird. Dagegen darf er diese Frist auch dann beanspruchen, wenn sich ergiebt, daß in der ausdrücklich verabredeten Frist die Herstellung des Opus unmög-

Prüfung der Tüchtigkeit des Opus eine dauernde Beaufsichtigung der Arbeit erfordert (wie beim Baucontract), muß sich der Conductor die Controle des Locators gefallen lassen, hat aber, da er nicht als locator operarum seine Dienste zur Verfügung gestellt, sondern die Herstellung eines Opus durch seine Arbeit übernommen hat, sich Instructionen vom Locator nicht ertheilen zulassen [1]). Nach Analogie des Mandats hat er auf Verlangen dem Locator Bericht zu erstatten, wie weit er mit der Arbeit vorgerückt sei. Der Conductor haftet rücksichtlich aller seiner Obliegenheiten für levis culpa [2]), bei Substitutionen für levis culpa in eligendo [3]); war aber die Substitution untersagt, schlecht-

lich ist. Cit. l. 58. § 1: eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset. Wenn aber in diesem Falle nach der Absicht des Locators die Herstellung des Opus in der verabredeten Zeit eine wesentliche Bedingung des Contracts ist, so ist derselbe ungültig. L. 31. D. d. O. et A. (44. 7). L. 2. § 6. D. d. eo quod certo loco (13. 4). § 5. J. d. verb. obl. (3. 5).

1) Noch viel weniger der Unternehmer (§ 4). — Stände dem Locator das Recht zu, dem Conductor beliebig Instructionen zu geben, so wäre er ja befugt, das vom Conductor zu leistende Arbeitsquantum beliebig zu vermehren, also den Contractsgegenstand beliebig zu ändern. Im Gegentheil kann, wenn der Locator sich zu viel einmischt, dies sehr nachtheilige Folgen für ihn haben. Vgl. unten § 31. Sintenis a. a. O. § 118. Note 142.

2) L. 25. § 7. D. loc cond. (19. 2). Er hat also auch allen durch den Mangel an derjenigen Befähigung, welche er contractlich haben muß verursachten Schaden zu ersetzen. L. 9. § 5. eod: Celsus: etiam imperitiam culpae adnumerandam. Leistet er freiwillig den Anordnungen des Locators Folge, so tritt er dadurch außer aller Verantwortlichkeit. L. 51. § 1. eod: — — ut arbitrio domini opus efficeretur; tunc enim nihil praestare conductor domino de bonitate operis videtur. Er wird also, insoweit dann locator operarum und als solcher behandelt. Ausgenommen natürlich, wenn er dabei in dolo versirt. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 345 Note e.

3) Cit l. 13. § 1. eod: — si culpa caret, non teneri. Enthält die Substitution auch die Substituirung eines Werkzeugs z. B. eines

weg[1]). Für die von ihm angestellten **Hülfsarbeiter** haftet er unter allen Umständen unbedingt[2]). Der Locator hat die actio locati gegen den Conductor: 1) auf Erfüllung[3]) seiner contractlichen Verbindlichkeiten[4]); 2) aufs Interesse[5]); das

---

Transportmittels, so haftet er auch für culpa in eligendo rücksichtlich des letzteren. Cit. l. 13. § 1: aut si minus idoneae navi — —

1) Wie beim Mandat und aus denselben Gründen. Auch, wenn der Conductor nachzuweisen vermöchte, daß der Locator gar kein Interesse daran hatte, ob er selbst oder ein Anderer das Opus mache. Vgl. oben S. 324 Note 3.

2) L. 25. § 7. eod: Qui columnann transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumve, quorum opera uteretur, culpa acciderit. Die Stelle ist vollkommen klar und kann gar nicht mißverstanden werden. Vgl. Ubbelohde, Arch. f. pract. Rechtsw. VIII. S. 266. Der Conductor haftet unbedingt für seine Leute, gradeso, wie er unbedingt für die Tüchtigkeit seiner Arme und seiner Geräthschaften haftet. So auch Puchta Vorlesungen § 302. mit Berufung auf die, allerdings stets vorhandene, stillschweigende Meinung der Contrahenten. Burchardi a. a. O. S. 146. mit Berufung auf den von uns angeführten Grund. Nach Anderen gilt für die Operarii ganz dasselbe, was für Substituten: Hasse, Culpa S. 408. Thöl, Handelsr. I. § 33. zur Note 3. und 4. Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsr. III. S. 93. v. Wyß, die Haftung für fremde culpa. S. 93. Windscheid a. a. O. Diese entgegenstehende Ansicht beruht auf einer Verwechselung des Operarius mit dem Substituten. Vgl. oben S. 324 Note 1.

3) Also auch auf bessere Leistung, falls das Opus mangelhaft ausgeführt ist, — d. h. auf Erledigung begründeter Monituren.

4) Cit. l. 14. C. d. loc. et cond. (4. 65).

5) Es normiren hier die allgemeinen Grundsätze vom Ersatz des Interesses. Propria culpa des Locators schließt die culpa des Conductors und somit die Klage aufs Interesse aus. Es kann aber in concreto fraglich werden, ob eigene Verschuldung des Locators oder culpa des Conductors vorliege. Wenn der Conductor durch sein Verschulden veranlaßt, daß der Locator den Contract aufhebt und einem Dritten die Ausführung des Opus überträgt, so ist der Locator nicht verpflichtet sich **besondere Mühe zu geben**, das Opus ebenso billig, wie früher zu verdingen. Denn mit der Aufhebung des alten Contracts ist er aller contractlichen Rücksichten gegen seinen früheren Contrahenten enthoben.

letztere kann auch in der Aufhebung d. h. Rescission des Contracts bestehen[1]), wenn nämlich das Opus nicht rechtzeitig vollendet wird, und der Locator später von dem Opus keinen Gebrauch mehr machen kann[2]). Die Klage auf Aufhebung des Contracts kann auch dann schon erhoben werden, wenn die factische Unmöglichkeit, das Opus rechtzeitig zu vollenden vorliegt; dagegen sind die weiteren Ansprüche auf's Interesse, namentlich auf die Conventionalpoen erst fällig, wenn der gesetzte dies, oder die stillschweigend normirende Frist abgelaufen ist[3]). Endlich: 3) auf Herausgabe aller ihm vom Locator gelieferten Werkzeuge und Geräthschaften und Ersatz alles daran durch levis culpa des Conductors verursachten Schadens[4]).

Er darf mit Jedem, — Ersten Besten, — den er findet, abschließen und ihm versprechen, was er verlangt. Nur dann, wenn er zu einer höheren Merces abschließt, obgleich er ohne größere Mühe billiger abschließen konnte, kann man sagen, daß er den Schaden selbst verschuldet habe. Dies zu beweisen liegt aber dem früheren Conductor ob. A. M. Weiske a. a. O. S. 815. und 767. Eine Ausnahme wäre nur in dem Falle zu machen, wenn die Merces, zu welcher der neue Contract geschlossen worden, so hoch ist, daß nach dem Urtheil Sachverständiger für das fragliche Opus Niemand eine so hohe Merces geben würde. Aber auch diese Ausnahme müßte cessiren, wenn sich der Locator auf einen Nothstand berufen könnte.

1) Arg. l. 11. § 3. D. d. act. empti vend. (19. 1). Thöl, Handelsr. I. § 83. sub. 2.

2) Hierüber entscheidet das richterliche Ermessen. L. 135. § 2. D. d. V. O. (45. 1). War für die Vollendung des Opus ein dies gesetzt, so ist im Zweifel die pünktliche Einhaltung des Termins als von den Contrahenten gemeint anzunehmen und die actio locati auf Aufhebung des Contracts nach Ablauf des Termins ohne Weiteres für begründet zu achten, sodaß dann dem Conductor der Beweis obliegt, daß der Locator dennoch Gebrauch von dem Opus machen könne. Thöl, a. a. O. u. § 87. Kann der Locator von dem Opus noch Gebrauch machen, so darf er den Vertrag nur aufheben, wenn er sich dies ausdrücklich paciscirt hat. L. 13. § 10. D. loc. cond. (19. 2). Vgl. unten § 26 Note 1.

3) Cit. l. 14. 124. D. d. V. O. (45. 1). Vgl. oben § 4 Note 2.

4) Nach Analogie des Mandats.

B. Pflichten des Locators.

§ 21.

Der Locator ist verpflichtet, dem Conductor die contractlich bedungene Merces zu bezahlen. Diese ist aber erst fällig, nachdem der Conductor seine Verbindlichkeit aus dem Contract vollständig erfüllt hat. Dies geschieht jedoch nicht schon durch die Vollendung des Opus [1]), und umgekehrt kann die Merces schon vor vollendetem Opus, ja sogar vor Beginn desselben fällig sein [2]). Von der fälligen Merces sind gesetzliche Zinsen zu zahlen [3]). Mehrere Locatoren haften für die Merces in solidum, wobei, wenn alle Locatoren solvent sind, der aufs Ganze

1) Beim materiellen Opus ist noch erforderlich die Anzeige und die Abprobation des Opus. Eine Verpflichtung des Locators zur „Billigung" des untabelhaften Opus, — probatio in diesem Sinne (welche durchweg in den Lehrbüchern statuirt wird — vgl. Puchta, Pand. § 267. Arndts, Pand. § 318. Windscheid, Pand. § 401), existirt nicht. Siehe hierüber unten § 36. Die Billigung kann ein Verzicht auf die exc. non adimpleti contractus sein.

2) So, wenn der Locator das Opus vor Beginn oder vor Vollendung desselben revocirt, — wie bei der loc. operarum, wenn der Arbeiter unzeitig entlassen wird. Arg. l. 24 § 2. D. loc. cond. (19. 2): — — cum iis statim agere. Vgl. Dankwardt, Gesinderecht § 21. Note 2.

3) A. M. das OAG. zu Lübeck. Seufferts Arch. XIII. 10. Für die loc. conductio entscheidet principiell die Analogie des Kaufcontracts, und diese kann nur ausgeschlossen sein, wenn sie der eigenthümlichen Natur der Miethe widersprechen würde. Daß von der gesetzlichen Verpflichtung zur Verzinsung des Preises nur beim Kaufcontracte, nicht auch beim Miethcontracte, im römischen Rechte geredet wird, ist noch kein Grund, sie für eine auf den Kauf zu beschränkende Singularität zu erklären. Man muß vielmehr sagen: Nach römischem Recht gelten alle Vorschüsse, welche ein Contrahent zu Gunsten des Anderen macht, als verzinsliche Darlehen; ein solcher Vorschuß ist auch der Werth der tradirten Waaren so lange, bis die Gegenleistung erfolgt ist. Die Verpflichtung des Käufers zur Verzinsung des Kaufpreises ist als eine bloße Consequenz aus einem allgemeinen Princip des römischen Rechtes aufzufassen. Vgl. Dankwardt, Nationalök. u. Jurispr. III. S. 45.

Belangte die exceptio divisionis, und, wenn er das Ganze zahlen will, die exceptio cedendarum actionum hat[1]); pro rata haften sie nur, wenn das Opus theilbar und contractlich auch wirklich getheilt ist[2]). Der Locator haftet dem Conductor für levis culpa[3]), und der letztere hat gegen ihn die actio conducti auf Contractserfüllung und aufs Interesse[4]).

CC. Die Revocation des Opus.

§ 22.

Revocirt der Locator das Opus, so kommen die Rechtssätze über Revocation des Mandats zur Anwendung, soweit sie nicht mit der Unentgeltlichkeit der Dienstleistung zusammenhän-

1) L. 47. D. loc. cond. (19. 2). Puchta, Pand. § 235 Note m und o.

2) Arg. l. 13. C. d. loc. et cond. (4. 65): Si divisa conductio fuit et singulis pro partibus facta, alieno nomine vos conveniri non oportet. Sin autem omnes, qui conducebant, in solidum locatori sunt obligati, jus ei competens conveniendi, quem velit, non debet auferri. Habetis sane vos facultatem locatori offerendi debitum et ut transferantur in vos ea, quae ob hanc conductionem ab his, quorum nomine inquietamini, obligata sunt postulandi. Nach dem Zusammenhange muß die Stelle so interpretirt werden: sin autem divisa conductio non fuit et ideo omnes, qui conducebant etc. — so daß also gesagt werden soll, daß, wenn divisa conductio nicht vorliegt, stets anzunehmen sei, daß die Absicht der Contrahenten auf solidarische Verpflichtung gehe. Nach demselben Princip ist die Frage zu entscheiden, — ob Ein Locator jedem von mehreren Conductoren in solidum hafte. Da im Falle der divisio operis mehrere Contracte vorliegen, so folgt, daß, wo nur ein Contract vorliegt, stets eine solidarische Verpflichtung und Berechtigung der mehreren Locatoren besteht.

3) Nach den allgemeinen Grundsätzen des Miethcontracts überhaupt.

4) Für die Abnutzung oder Beschädigung seiner Werkzeuge hat der Conductor ebenso wenig Schadensersatz zu fordern, wie für die Abnutzung seiner Gliedmaaßen. Denn die Geräthschaften sind Nichts, als künstliche Glieder. Unterholzner a. a. O. S. 38. Kierulff, Entscheidungen des OAG. zu Lübeck II. S. 421.

gen[1]). Die Revocation kann daher zwar nicht, wie beim Mandat, das Contractsverhältniß vollständig d. h. nicht mit der Wirkung aufheben, daß der Conductor sich mit dem abverdienten Lohn begnügen müßte[2]); aber der Conductor muß mit dem Opus einhalten, darf namentlich von den ihm gelieferten Materialien oder geleisteten Vorschüssen Nichts mehr verbrauchen, und hat, wenn er dawider handelt, dem Locator den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen[3]).

1) Vgl. oben § 8.

2) Arg. l. 38. pr. D. loc. cond. (19. 2): Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestaret; — — § 1; Advocati quoque, si per eos non stetit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent. Vgl. unten § 54 Note 5. 55. Soweit indessen der entlassene Conductor für die Zeit, welche zur Vollendung des Opus erforderlich war, durch einen neuen Contract, mit einen Andern entschädigt wird, kommt Das dem locator operis zu Gute. L. 19. § 9. eod: — — si eodem anno mercedem ab alio non accepisti. Cit l. 19. § 10. l. 4. D. d. off. ass. (1. 22). Die Anwendung dieser Rechtsvorschrift setzt aber voraus, daß das revocirte Opus die Zeit des entlassenen Conductors vollständig in Anspruch genommen hätte. Sie gilt also z. B. nicht für Baumeister, welche gleichzeitig mehrere Bauwerke leiten können. Der Conductor muß sich auch den Abzug der ihm durch die Revocation ersparten Auslagen gefallen lassen, welche ihm contractlich nicht besonders vergütet werden sollen. Weiske a. a. O. S. 818. — Sintenis a. a. O. S. 674 giebt dem Locator ein unbeschränktes Revocationsrecht mit der bloßen Verbindlichkeit zum Ersatz des Interesses, welches sich also möglicherweise auch auf Nichts reduciren könne. Gründe für diese Ansicht sind nicht angegeben. Vgl. Dankwardt, Gesinderecht § 27 a. E. Die Merces ist im Falle der Revocation sofort fällig. Cit l. 24. § 2. D. loc. cond. Vgl. oben § 21 Note 2.

3) Dies wird auch für die loc. cond. operis ausdrücklich ausgesprochen in l. 60 § 4. D. loc. cond. (19. 2): Mandavi tibi, ut excuteres, quanti villam aedificare velles; renuntiasti mihi, ducentorum impensam excutere, certa mercede opus tibi locavi; postea comperi, non posse minoris trecentorum eam villam constare; data autem tibi erant centum, ex quibus quum partem impendisses, vetui te

DD. Endigung des obligatorischen Verhältnisses.

Vorbemerkung.

§ 23.

Hier ist von der Aufhebung der locatio conductio operis als einer Quelle von Verbindlichkeiten die Rede, nicht von der Aufhebung einzelner bereits daraus entstandener Obligationen.

A) Uebersicht der Endigungsgründe.

§ 24.

Das Verhältniß zwischen dem locator und conductor operis wird aufgehoben:

1) aus Gründen, welche ein Rechtsverhältniß auf-

---

opus facere. Dixi: si opus facere perseveraveris, ex locato me tecum agere, ut pecuniam mihi reliquam restituas (Labeo). Die meisten Rechtslehrer haben in dieser Stelle noch ein besonderes Recht des Locators finden wollen, wegen zu geringen Kostenanschlages Seitens des Conductors einseitig vom Contract zurückzutreten. So Unterholzner a. a. O. S. 348. Mühlenbruch, II. 414. Sintenis a. a. O. S. 673. Arndts, Pand. § 315. Windscheid, Pand. § 402. Aber davon enthält offenbar die Stelle Nichts. Ebenso unrichtig ist es aber auch, wenn Puchta (Pand. § 370) meint, daß die Stelle nur ein Beispiel der Rescission wegen dolus enthalte. Im Gegentheil setzt die Entscheidung des Labeo gerade wesentlich voraus, daß hier der Conductor operis nicht in dolo ist. Das allgemeine Mißverständniß dieser Stelle scheint darauf zu beruhen, daß man übersehen hat, daß die Frage des Locators an den Conductor dahin geht: quanti villam aedificare vellet, — die Anwort dagegen lautet: ducentorum impensam excutere. Ich interpretire die Stelle folgendermaßen. Das Motiv der Revocation eines Opus kann die Erkenntniß des Locators sein, daß die Herstellungskosten viel höher zu stehen kommen werden, als er gedacht hat. Ist hier die falsche Vorstellung des Locators durch den Conductor hervorzurufen, so sind zuvörderst zwei Fälle zu unterscheiden:

heben, mithin aus den allgemeinen Gründen der Rescibilität eines Rechtsgeschäfts. Davon ist bereits die Rede gewesen[1]).

2) aus Gründen, welche ein obligatorisches Rechtsverhältniß aufheben. Diese allgemeinen Endigungsgründe von Obligationen sind hier kurz zu erörtern, soweit sie für die loc. operis ein besonderes Interesse haben und nicht durch die Natur dieses Contracts ausgeschlossen sind (§ 25—28).

I) Der Conductor war in dolo. Dann hat der Locator die actio locati gegen ihn auf Rescission des Contracts mit der Wirkung, als ob er gar nicht geschlossen wäre, und der Conductor hat ihm sein gesammtes Interesse zu erstatten, auch die erhaltenen Vorschüsse zu ersetzen, gleichviel ob sie bereits verbraucht sind oder nicht. Von diesem Falle redet unsere Stelle nicht.

II) Der Conductor war nicht in dolo. Hier sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Er ist aufgefordert worden, einen Kostenanschlag zu geben, hat aber die Kosten irrthümlich zu niederig berechnet. Dann ist er (als Mandatar) in culpa und der Locator hat nicht bloß gegen seine Klage auf die Merces die exceptio doli, — nach dem Satze: dolo facit qui petit quod redditurus est, sondern auch Anspruch auf Ersatz der verbrauchten Vorschüsse. Auch von diesem Falle redet unsere Stelle nicht.

b) Der Conductor war nicht aufgefordert worden einen Kostenanschlag zu geben, hat ihn aber unaufgefordert gegeben und so doch die falschen Vorstellungen in dem Locator hervorgerufen. Dann handelt er contra bonam fidem, wenn er eine Merces verlangt, und seiner Klage steht auch hier die exc. doli entgegen; auch muß er die Vorschüsse herausgeben, hat diese aber, soweit sie schon verbraucht sind, nicht zu erstatten. Fährt er trotz des Verbots fort zu bauen, so muß er die weiter verbrauchten Vorschüsse ersetzen. Dies ist der Fall der cit. l. 60. § 4. Der Locator hat den Conductor nicht aufgefordert, einen Kostenanschlag zu geben; sondern zu sagen, für wie viel er den Bau ausführen wolle? Quanti villam aedificare velles. Statt hierauf zu antworten, antwortet er, wornach er gar nicht gefragt war: die Baukosten betrügen 200, — ducentorum impensam excutere, und demnächst wird erst über die Merces verhandelt und der Contract abgeschlossen.

1) Siehe oben § 22 Note 3.

3) aus Gründen, welche die loc. cond. rei beendigen, deren Analogie hier Platz greift (§ 29. 30).

4) aus Gründen, welche die loc. cond. operarum beendigen, wovon die loc. cond. operis nur eine Modification ist (§ 31).

5) Von der Rescission der loc. cond. operis nach Analogie des Kaufcontracts ist oben (§ 20) gehandelt.

B) Einzelne Endigungsgründe.

1. Erfüllung Seitens des Conductors.

§ 25.

Der Conductor erfüllt nicht in allen Fällen schon durch die Ausführung des Opus in der vorgeschriebenen Beschaffenheit seine contractliche Verbindlichkeit; beim materiellen Opus ist noch die Ablieferung desselben erforderlich. Das Nähere wird weiter unten erörtert werden [1]).

2. Novation.

§ 26.

Es kann für den bisherigen conductor oder locator operis vertragsmäßig [2]) ein Anderer eintreten. Für den Locator

1) Siehe unten § 36.

2) Die Einwilligung des Conductors kann schon von vornherein in einem Nebenvertrage als eine bedingte gegeben sein. Dann hat nach Eintritt der Bedingung der Locator das Recht, den Vertrag mit ihm aufzuheben und mit einem anderen Conductor abzuschließen. Cfr. l. 13. § 10. D. loc. cond. (19. 2): Si lege operis locandi comprehensum esset, ut, si ad diem effectum non esset, relocare id liceret, non alias prior conductor ex locato tenebitur, quam si eadem lege relocatum esset, nec ante relocari id potest, quam dies efficiendi praeteriesset. Ueber den Sinn dieser Stelle wird gestritten. Die Worte: „eadem lege" beziehen sich auf die Anfangsworte: „si lege operis etc.", und der Ton ist nicht auf: eadem lege, sondern auf relocatum

z. B., wenn er das noch nicht fertige Gebäude verkauft und den Käufer mit Einwilligung des Conductors für sich substituirt. Eine Novation liegt hier aber nur dann vor, wenn die Contrahenten das alte obligatorische Verhältniß vollständig aufheben und ein neues an die Stelle setzen wollen [1]), — was im Zweifel nicht zu präsumiren ist [2]).

3. Dissens.

§ 27.

Die Aufhebung durch contrarius consensus [3]) kann auch stillschweigend erfolgen. So, wenn auf die Offerte des Locators den Contract aufzulösen, der Conductor die ihm ausgezahlte bis dahin abverdiente Merces stillschweigend nimmt und sich entfernt. Ein anderer Fall ist es, wenn der Locator den Conductor einseitig entläßt, z. B. den Baumeister vom Bauplatz weist, und dieser sich demnächst dabei beruhigt. Auch hier wird das Verhälniß aufgelöst, aber nicht dissensu. Es liegen hier vielmehr zwei selbstständige und von einander unabhängige Verzichte vor, welche nur in ihrem Resultate einer

esset, zu legen. Die Stelle besagt: — Damit der Contract mit dem prior conductor aufgehoben werde, sei zweierlei erforderlich: 1) daß der dies abgelaufen sei und 2) daß mit einem anderen Conductor wirklich abgeschlossen worden; bis dahin bleibe der prior conductor Contrahent und könne sich noch durch nachträgliche Leistung liberiren. Weiter als dies, scheint auch Glück, Bd. 18. S. 4. in dieser Stelle Nichts zu finden. Andere Auslegungen geben Westphal a. a. O. S. 721. 722. Sintenis a. a. O. S. 671. 672.

1) Oft werden die Rechte des einen Contrahenten gegen den Austretenden reservirt.

2) L. ult. C. d. novat. (8. 42).

3) Wir beschränken hier diesen Aufhebungsgrund nicht auf den Fall der res integra [l. 1. 2. C. quando lic. ab empt. rec. (4. 45)] sondern begreifen darunter auch die Fälle, wo der Conductor bereits die Arbeit begonnen.

Aufhebung durch Dissens gleichkommen [1]). Der Verzicht des Conductors kann stillschweigend erfolgen: ob aber hier die stillschweigende Annahme der abverdienten Merces eine concludente Thatsache sei, ist quastio facti. Im Zweifel ist kein Verzicht anzunehmen.

4. Casus.

§ 28.

Unter Casus ist hier die objective Unmöglichkeit zu verstehen, das Opus zu beginnen oder zu vollenden [2]). Rücksichtlich der Lohnforderung in diesem Falle ist als Grundsatz hinzustellen, daß der Conductor seinen ganzen Lohn fordern kann; denn: per eum non stat quominus opus faciat [3]).

---

1) In diesem Falle hat der entlassene Conductor Anspruch auf die volle Merces, ohne seinerseits verpflichtet zu sein, auf Verlangen des Locators das contractliche Verhältniß wieder aufzunehmen. Denn er ist durch die Entlassung unbedingt seiner Verpflichtungen entbunden, und seine Rechte sind stehen geblieben.

2) Daß die Unmöglichkeit eine absolute sein müßte, läßt sich nicht behaupten. Andrerseits ist aber als stillschweigende Absicht der Contrahenten anzunehmen, daß bei solchen hemmenden Ereignissen, welche ihrer Natur nach bloß vorübergehend sind, der Conductor eine, arbitrio boni viri zu bestimmende Zeit warten und eventuell die Arbeit fortsetzen muß. So der Fuhrmann bei bloß temporärer Ueberschwemmung der Landstraße. Vgl. HGB. Art. 394. Abs. 1.

3) Cit. l. 38. pr. § 1. D. loc. cond. (19. 2). Die l. 15. § 6. eod: Quum quidam, nave amssa, vecturam, quam pro mutua (d. h. vorschüssig) acceperat (sc. nauta), repeteret, rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, quum munere vehendi functus non sit; — steht nicht entgegen, weil sie von einer bloß subjectiven Unmöglichkeit redet. Vgl. Westphal a. a. O. § 937. Weiske a. a. O. S. 818. Das Schiff ist bereits vor der Abreise verloren gegangen, wie sich aus den Worten, quum munere vehendi functus non sit, ergiebt und folglich liegt eine bloß subjective Unmöglichkeit, die Fahrt zu machen vor, — weil nämlich der Conductor kein anderes Schiff zur Verfügung hat. Die Stelle widerlegt aber die allgemeine Behauptung Mühlenbruchs (Lehrb. II. § 365),

Die Regel hat aber beim materiellen Opus eine Ausnahme erlitten [1]).

5. Tod des Conductors.

§ 29.

Stirbt der Conductor vor Vollendung des Opus, so erlischt das Verhältniß aus einem zweifachen Grunde, — einmal nach Analogie der loc. rei (Untergang des Objects) [2]), zweitens aber auch nach der stillschweigenden Absicht der Contrahenten [3]). Die Erben haben aber nur Anspruch auf den abverdienten Lohn [4]) und müssen im Falle der Pränumeration des Uebrige restituiren [5]).

daß der conductor operis in allen Fällen, wo die Ausführung des Opus ohne seine culpa unmöglich werde, die volle Merces beanspruchen könne. Vgl. Vangerow III. § 225. Seuffert, Arch. VI. 31.

1) Siehe unten S. 354 Note 1.

2) Denn die Kräfte des Conductors bilden das gemiethete Object. Vgl. oben § 2.

3) Dankwardt a. a. O. § 28. Windscheid, Pand. § 402 Note 16. Für die Entreprise gilt dieser Aufhebungsgrund begreiflich nicht. Stirbt der „Unternehmer" (§ 4) während der Herrichtung des Werkes, so werden seine Erben der contractlichen Verpflichtungen gegen den Contrahenten des Erblassers nicht entbunden.

4) Arg. l. 19. § 6. D. loc. cond. (19. 2). Auch läßt sich diese Beschränkung rücksichtlich der Merces auf die stillschweigende Meinung der Contrahenten zurückführen.

5) Die Pränumeration der Merces ist Zahlung eines Debiti. Es kann also eine condictio indebiti auf theilweise Rückerstattung der Merces nicht statt finden. Auch ist die Verbindlichkeit zur Zahlung der Merces keine bedingte, sondern eine betagte, sodaß nicht die l. 16. pr. D. d. condict. indebiti (12. 6), sondern die l. 10. eod: In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit, normirt. Aber es competirt die Coetractsklage arg. l. 19. § 6. D. loc. cond. (19. 2): — — ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum. Nicht im Widerspruch damit steht die l. 1. § 13. D. d. extraord. cognit. (50. 13): Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per

6. Unfähigkeit des Conductors.

§ 30.

Die nach Abschluß des Contractes eintretende Unfähigkeit

ipsum non steterat, quominus causam ageret. Der Grund des Verbots ist sehr klar und einleuchtend, und man hat nicht nöthig die Stelle, wie Puchta, — Pand. § 302. Note h — wegzuinterpretiren. Die Rückforderungsklage wird hier ausgeschlossen, weil Anfang, Fortsetzung und Durchführung eines Processes nicht von der Betriebsamkeit des Advocaten abhängt. Was kann der Advocat dafür, will Severus sagen, daß die Processe solange dauern, daß er darüber hinstirbt. So auch Wolff zur Lehre von der Mora, S. 120. ff. Man muß überhaupt bemerken, daß die Worte: „per eum non stat, quominus faciat" da gebraucht werden, wo von der Zeit der Leistung und von der Mora, nicht von der culpa die Rede ist. Vgl. Puchta, Pand. § 269. Note h l. 114 D. d. V. O. (45. 1). Daher durfte Mühlenbruch auch diese Stelle nicht benutzen, um seine oben S. 237 Note 3 a. E. angeführte Behauptung zu rechtfertigen. Weil dem Advocaten keine Mora vorgeworfen werden kann, behalten seine Erben die Merces. Liegen die Umstände so, daß dem Advocaten Saumselig keit oder gar absichtliche Verschleppung des Processes zur Last gelegt werden kann, so findet das Rescript keine Anwendung, welches sich überhaupt nur auf einen concreten Fall bezieht, was daraus zu ersehen ist, daß nicht staret, sondern steterat gesagt ist. L. 11. C. d. condict. ob turpem caus. (4. 6): Advocationis causa datam pecuniam, si per eos, qui acceperant, quominus suscaptam fidem impleant, stetisse probatur, restituendam esse convenit. Es bleibt also dabei: — was von der Merces überhaupt gilt, gilt auch von der pränumerirten Merces, und keineswegs übernimmt der locator operis durch die Pränumeration der Merces das periculum mortis conductoris oder gar das periculum operis. Man sieht übrigens aus den citirten Stellen, daß die ganze vorliegende Frage unter den römischen Juristen selbst streitig war. Man fühlte, daß eine Restitutionspflicht bestehen müsse, aber man war in Verlegenheit wegen der Klage, bis zuerst Mela behauptete, daß die Contractsklage stattfinde. Der Grund ist nicht angegeben, aber Mela stützt sich offenbar auf die Meinung der Contrahenten d. h. auf ein stillschweigendes pactum adjectum. Mela's Ansicht ist von Ulpian gebilligt und von Justinian recipirt. Windscheid a. a. O. § 404 Note 5 ist hier sehr schwankend und unsicher. Er weiß mit der cit. l. 1. § 13 nicht recht was anzufangen, kommt zu kei-

des Conductors, wenn sie eine absolute und dauernde ist[1]) hebt ebenfalls nach Analogie der locatio rei das obligatorische Verhältniß auf[2]) der Conductor bekommt[3]) und behält[4]) respective die bis dahin abverdiente Merces[5]).

7. Einseitiger Rücktritt.

§ 31.

Unter bestimmten Voraussetzungen kann jeder der Contrahenten vom Contract zurücktreten und durch die bloße Erklärung, daß er von diesem Rechte Gebrauch machen wolle, das

nem bestimmten Resultat und will auf alle Fälle diese Stelle als eine auf ihren Wortlaut zu beschränkende Singularität angesehen wissen.

Anmerkung. Stirbt der Locator während der Herrichtung des Opus, so hat der Conductor gegen die Erben des Locators die Pflichten eines Mandatars gegen die Erben des Mandanten. Er hat sie von der Existenz des Contracts zu benachrichtigen, auf Verlangen über die bisherige Arbeit Bericht zu geben und die Fortsetzung der Arbeit solange zu beanstanden, bis er von ihnen zur Vollendung des Opus aufgefordert wird, jedoch dabei den präsunptiven Willen der Erben zu berücksichtigen, inzwischen hat er mit allem Fleiße das Interesse der Erben zu wahren. Seine Berechtigung, über die empfangene Materialien zu verfügen oder die Kostenvorschüsse zu verwenden, erlischt mit dem Tod des Locators; ebenso die Befugniß, die Erben des Locators durch Contracte mit Dritten (z. B. auf Lieferung von Materialien) zu verpflichten. In soweit steckt in der loc. operis ein Mandat. Handelt er dawider und die Erben revociren das Opus, so ist er auf Ersatz verpflichtet und hat keinen Anspruch auf Ersatz von Auslagen. Die bona fides erfordert aber ferner, daß er das Opus nicht einfach liegen lassen darf, sondern verpflichtet ist, Instructionen von den Erben einzuholen und inzwischen allen Nachtheil von ihnen abzuwenden.

1) Z. B. Der Conductor wird wahnsinnig.

2) Der Locator hat die Kräfte des Conductors gemiethet, mithin liegt hier ebenfalls Untergang des gemietheten Objects vor. Vgl. oben § 29.

3) Arg. cit. l. 19, § 6. D. loc. cond. (19. 2).

4) Vgl. oben § 29 Note 5.

5) Vgl. Fuchs, Arch. f. civ. Pr. XXXIV. S. 403. Dagegen Mommsen, Beitr. I. S. 383. Seuffert, Arch. VI. 31.

obligatorische Verhältniß aufheben[1]). Die Rücktrittsgründe, welche in den Quellen für die Sachenmiethe ausgesprochen und auf die locatio operarum auszudehnen sind, gestalten sich für die locatio operis folgendermaßen[2]).

a) Der Locator hat das Recht in folgenden Fällen:

α) wenn Mängel in der Person des Conductors sich zeigen[3]) oder eintreten, welche seine Fähigkeit, die contractliche Arbeit zu beschaffen, beträchtlich verringern oder erschweren[4]).

1) Dieser Aufhebungsgrund beruht auf dem Begriffe der locatio operis als einer Modification der loc. operarum. Vgl. oben § 2.

2) In denjenigen Lehrbüchern des Civilrechts, welche diese Analogie nicht gradezu ausschließen, vermißt der Practiker, für den doch schließlich alle Lehrbücher bestimmt sind, eine genaue und detaillirte Entwickelung und Darlegung derselben. Vgl. Dankwardt, Gesinder. § 30. Windscheid, Lehrb. § 402 No. 2 beschränkt das Recht des einseitigen Rücktritts ausdrücklich auf die Sachenmiethe, was nicht auffallen kann, da er es (§ 430 Note 17) für unnöthig erklärt, von Rechtssätzen die Principien aufzusuchen und ohne diese Arbeit die Analogie überhaupt nicht möglich ist. Windscheid läßt hier also in der Lehre von der Dienstmiethe eine bedeutende und für die Praxis empfindliche Lücke, welche auszufüllen grade eine Hauptaufgabe dessen ist, welcher über Dienstmiethe schreiben will. Weiske a. a. O. S. 827 findet die Analogie hier „sehr bedenklich", ohne jedoch seine Bedenken näher anzugeben. Die Verfasser des Handelsgesetzbuches und der Gewerbeordnung haben sich nicht bedacht, sie gesetzlich anzuerkennen. Vgl. HGB. Art. 63. 64. Gewerbeord. § 111 und § 112. Schon längst haben die particularen Gesindeordnungen diese Analogie für nothwendig erklärt. Ich glaube die Bedenken der Rechtslehrer, welche die Analogie wohl für die loc. operarum, aber nicht für die loc. operis zugeben wollen, haben ihren Grund lediglich in der Vermengung der loc. cond. operis mit der Entreprise, für welche letztere allerdings ein Recht des einseitigen Rücktritts vom Contract nicht statt findet.

3) Vgl. oben § 7 Note 1 und § 30.

4) Arg. l. 25. § 2. l. 27. pr. D. loc. cond. (19. 2). Statt des Rücktrittsrechts kann er einen angemessenen Decort von der merces machen. Arg. cit. l. 27 pr. eod. Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte coenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet; ea enim conditione habitatorem esse, ut

β) wenn der Conductor nicht rechtzeitig [1]) mit der Ausführung des Opus beginnt oder die Arbeit wieder einstellt oder gar verweigert [2]).

γ) wegen begründeter Furcht des Locators vor einer mit der Fortsetzung des Contractsverhältnisses verbundenen Gefahr [3]).

Ueber die Wirkung des Verbots des Locactors an den Conductor, des Opus fortzusetzen, wenn der Conductor einen erheblich zu geringen Kostenanschlag gegeben hat ist oben die Rede gewesen [4]).

b) Der Conductor in folgenden Fällen:

α) wenn die contractlich in Terminen zu zahlende Merces zwei Mal nicht gezahlt ist [5]).

---

si quid adversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri operteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret; non ita tamen, ut eam partem coenaculi dominus aperiat, in quam magnam partem usus habitator haberet. Das im Text Gesagte folgt arg. a. contrario. Gleichzeitig beweist die Stelle, daß die Mängel beträchtlich sein müssen. Beispiele sind: Mangelhafte Befähigung das Opus auszuführen und eintretende Krankheit des Conductors. Vgl. Gewerbeo. § 111 No. 6.

1) Die Zeit für den Beginn der Arbeit ist entweder contractlich festgestellt oder arbitrio boni viri zu bestimmen. Hat also Jemand im Monat April einen Gärtner engagirt, um seinen Garten in Ordnung zu bringen und derselbe erscheint nach einigen Tagen nicht, so hat er die Wahl, ihn auf Erfüllung des Contracts zu belangen oder einseitig vom Contract zurückzutreten.

2) L. 66. pr. eod. Vgl. Gewerbe-O. § 111 No. 2. HGB. Art. 64.

3) Arg. l. 27. § 1. eod. So z. B. wenn der Baumeister mit der Leitung und Beaufsichtigung des Baues so fahrlässig ist, daß erhebliche Baufehler zu befürchten sind, und der Locator befürchten muß, daß ihm darmaleinst das Haus über den Kopf zusammenfällt. Dieser Rücktrittsgrund wird besonders in den Fällen wichtig, wo der Conductor zur Ausführung des Opus seinen dauernden Aufenthalt beim Locator nehmen muß. Vgl. HGB. Art. 64. No. 1. 5. 6. Gewerbeord. § 111 No. 1. 3. 4. 5. 6. a. E.

4) Siehe oben § 22 Note 3.

5) Arg. l. 54. § 1. l. 58. eod. Wenn z. B. beim Baucontract

β) wenn der Conductor dem Locator seine Anwesenheit bei der Ausführung des Opus nicht untersagen kann[1]) und dieser sich nun einer Behandlung gegen ihn schuldig macht, welche zu ertragen ihm billig nicht zuzumuthen ist[2]).

γ) wegen Krankheit, welche die Fortsetzung der Arbeit ausschließt[3]).

δ) wenn die Erfüllung höherer Pflichten d. h. gegen den Staat, gegen die Sittlichkeit und gegen sich selbst, — mit der Fortsetzung der Arbeit nicht vereinlich ist[4]).

ε) wenn über das Vermögen des Locators der Concurs eröffnet wird[5]).

Wenn das Verhältniß einseitig aufgehoben wird, so erhält der Conductor seinen abverdienten Lohn. Hat indessen einer der Contrahenden durch seine Verschuldung die Umstände veranlaßt, welche den einseitigen Rücktritt vom Contracte begründen, so ist er dem anderen Contrahenten zur Leistung des Interesses verpflichtet, und so kann es kommen, daß der Conductor außer seinem abverdienten Lohn noch ein Plus bekommt,

der Baumeister das erste Drittel der Merces nach Legung des Fundaments, das zweite, wenn das Haus unter Dach und Fach ist, den Rest endlich nach Ablieferung des Baues haben soll, so kann er zurücktreten, wenn ihm, die beiden ersten Drittel nicht gezahlt sind. Vgl. Gewerbe-O. § 112 No. 4. HGB. Art. 63.

1) Vgl. oben § 20.

2) Arg. l. 3. C. d. loc. cond. (4. 65): aut male in re locata versatus es. Vgl. oben S. 327 Note 1. Gewerbe-O. § 112 No. 2.

3) Arg. l. 3. cipt.: — aut corrigerre domum malueris. Gewerbe-O. § 112 No. 1.

4) Für die Sachenmiethe beruht dieser Grund auf Praxis. Puchta, Pand. § 369. No. 3 *a* Note e.

5) Arg. l. 3. cit: — — propriis usibus eam necessariam esse probaveris. Vgl. Gewerbe-O. § 112 No. 5: „wenn bei Fortsetzung der Arbeit ihr Leben oder ihre Gesundheit einer erweislichen Gefahr ausgesetzt würde, welche bei Eingehung des Arbeitsvertrages nicht zu erkennen war".

und andererseits der Locator seine Schadensansprüche mit dem abverdienten Lohn compensirt.

B. Besondere Grundsätze.

Vorbemerkung.

§ 32.

Die individuelle Beschaffenheit des Opus, welches Gegenstand des Contracts ist, kann die Essentialien und Naturalien desselben erweitern, wodurch besondere Requisite der Perfection des Vertrages und besondere Verbindlichkeiten der Contrahenten gegen einander hervorgerufen werden.

AA. Das positive Opus.

A) Das factische Opus.

1. Das materielle Opus.

Vorbemerkung.

§ 33.

Dieses entsteht entweder durch Umformung eines Stoffes oder durch den Transport von Gegenständen. Das durch Umformung erzeugte Opus ist endweder unbeweglicher Natur oder eine bewegliche Sache, — ein Fabricat oder die Reparatur eines solchen.

a) Umformung.

α) gemeinsame Bestimmungen.

αα) Res data facienda.

§ 34.

Die locatio cond. operis hat hier ein besonderes Essentiale. Der Vertrag ist locatio conductio nur dann, wenn der Locator dem Conductor einen Gegenstand übergiebt

oder anweist[1]) woraus oder woran Etwas gemacht werden soll[2]). Wenn dies geschieht: so wird die locatio conductio

1) Eine Uebergabe des Gegenstands ist nicht erforderlich. Derselbe kann sich aus irgend einem Grunde schon beim Conductor befinden.

2) L. 22. § 1. D. loc. cond (19. 2): Quoties autem faciendum aliquid datur locatio est. Daß der Besteller Eigenthümer der res data ist, ist nicht erforderlich, und daß der Artifex Eigenthümer der res data ist, steht mit der Natur der loc. operis nicht im Widerspruch. Unterholzner a. a. O. S. 348. Es kann Jemand z. B. einem Baumeister einen Bauplatz abkaufen und dann einen Baucontract mit ihm abschließen, ohne daß dazu die vorherige Tradition nöthig wäre. Die Eigenthumsfrage kommt hier überhaupt garnicht in Betracht. Dies will der Jurist Paulus in der citirten l. 22 ausdrücken, wenn er sagt: proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est. Das Wesen des Contracts, meint er, bestehe darin, daß der Artifex sich verpflichte, an oder aus einem ihm überlieferten oder angewiesenen Gegenstande (res data im weiteren Sinne des Wortes) ein Opus zu verfertigen: locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem. Es kann daher auch dem Artifex die res danda zu Eigenthum übertragen werden und dennoch ist der Vertrag loc. conductio L. 37 eod. Uebernimmt der Artifex nicht faciendi necessitatem, sondern nur die Lieferung, sodaß er nicht zum Arbeiten gezwungen werden kann, so ist der Vertrag nicht locatio, sondern Entreprise (§ 4). Liegt weder res data noch auf Seiten des Artifex faciendi necessitas vor, sodaß also die Verpflichtung dahin geht, ut dares rem factam, so ist der Vertrag Lieferungskauf. L. 65. D. d. contrah. empt. (18, 1): Si ex meo fundo tibi factas tegulas darem, emptionem puto esse. Mit der Begriffsbestimmung des Paulus in cit. l. 22. stimmt auch Pomponius überein, wenn er in l. 20. D. d. contrahenda empt. (18, 1) sagt: nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret. Von der Regel des Javolenus in cit. l. 65. eod: Toties enim conductio alicujus rei est, quoties materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu ejusdem manet. Quoties vero et immutatur et alienatur, emptio magis, quam locatio intelligi debet, — sagt Westphal a. a. O. § 7 sehr richtig, daß sie sehr unsicher und undeutlich sei, nur auf wenige Fälle passe und daher Nichts tauge. Was Glück Bd. 17. S. 320 Note 50 bemerkt, um sie aufrecht zu erhalten, ist nicht weniger undeutlich, wie die Regel selbst. Ergiebt sich, daß die res data dem Empfänger gehört, so ist der Vertrag null, wegen mangelnden Interesses des Gebers an der Herstellung des Opus. Die gangbare Ansicht,

dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Empfänger alles sonstige Material, welches zur Herstellung des Opus noch erforderlich ist, aus eignen Mitteln hergeben soll [1]). Die Frage, ob der Conductor das von ihm herzugebende Material ersetzt verlangen kann, ist quaestio facti. Es kommt ganz auf die Absicht der Contrahenten an. Im Zweifel darf er diesen Ersatz der Impensen neben der Merces fordern [2]).

welche den Unterschied von Lieferungskauf und Miethe vom Eigenthum am Material abhängig macht (Weiske a. a. O. S. 805 Nr. 2) ist zu verwerfen. Auf keinen Fall soll ein doppeltes Geschäft: Kauf des Stoffs und Miethe der Arbeit angenommen werden. § 4. J. d. loc. et cond. (3, 25). Liegt nicht res data vor und der Auftrag geht dennoch dahin, das Opus zu machen, so ist der Vertrag dennoch Kauf, also der Artifex wird nur zur Lieferung, nicht zur Arbeit verpflichtet. Cit. § 4. J. d. loc. et cond: — placuit tamen emptionem et venditionem esse. Beauftragt man also einen Schuster, ein Paar Stiefeln zu einem bestimmten Preise zu machen, und er macht sie, so hat man keinen Anspruch auf diese Stiefeln, sondern es steht in dem Belieben des Schusters, diese Stiefeln zu behalten und ein anderes Paar zu machen.

1) Cit. l. 22 § 2. D. loc. cond. (19, 2): Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, — locatio est. Diese sonstigen Materialien hat der Locator zu liefern, wenn nicht ausdrücklich oder stillschweigend ein Anderes verabredet ist. Denn der Gegenstand der Verpflichtung des Conductors ist nur Arbeit. Der Beweis, daß der Conductor gewisse Materialien aus eignen Mitteln herzugeben habe, liegt also dem Locator ob. Die Fragen mithin, wer die zur Arbeit nöthigen Geräthschaften zu liefern habe (§ 19) und wer das sog. Nebenmaterial, sind also nicht (wie Weiske a. a. O. S. 813 will) gleichmäßig, sondern in ganz entgegengesetzter Weise zu entscheiden. Soll der Conductor laut Contract zur Anschaffung der Materialien Vorschüsse erhalten, so ist er dem Locator dieserhalb zur Cautionsleistung verpflichtet. Arg. l. 58. § 2. D. loc. cond. (19, 2): — — ita ei deberi dico, si in earum rerum refectionem eam pecuniam impendi satisdaret. Sintenis a. a. O. Note 140 Nr. 2.

2) Schneider haben gewohnheitsrechtlich einen Anspruch auf Ersatz der sog. „Zuthaten“, — Futter, Seide, Knöpfe, Borten u. s. w.

ββ. Die Materialien.

§ 35.

Der Conductor hat rücksichtlich des ihm übergebenen Materials omnem diligentiam zu prästiren[1]). Außerdem ist er verpflichtet, dem Locator über die Verwendung des Materials zu berichten (rationem reddere) und soweit er es nach Herstellung des Opus oder nach vorheriger Aufhebung des Contracts, nicht verbraucht hat, zu restituiren resp. zu ersetzen[2]). Alle diese Ansprüche beruhen auf der Analogie des Mandats, werden aber mit der actio locati realisirt.

---

1) Diese Gegenstände sind den mandati nomine übergebenen analog zu behandeln. L. 8. pr. D. mandati (17, 1). L. 13. § 6. D. loc. cond. (19. 2): Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roseriat ex locato tenetur, quia debuit, ab hac re cavere. L. 25. § 8. eod. Ueber Beschädigungen durch Dritte gilt nichts Besonderes d. h. der Conductor haftet nur für culpa, also, wenn er den drohenden Schaden sah und nicht abwendete. Ebenso, wenn Material abhanden kommt. Denn die l. 40. D. eod. kommt hier nicht in Betracht, weil sie vom Aufbewahrungscontract handelt, also von dem Falle, wo der Conductor die custodia für Geld übernommen hat. Siehe unten § 58. Ist dem Conductor in Folge seiner Unachtsamkeit Material gestohlen, so soll der Locator, wenn dies ohne besondere Mühe geschehen kann, sich zuvörderst an den Dieb halten, wobei ihm der Conductor auf alle Fälle für die Kosten verhaftet bleibt; andernfalls hat der Conductor gegen Cession der condictio furtiva den Schaden zu ersetzen. L. 60. § 2. eod: Vestimenta tua si fullo perdidit, et habes unde petas, nec petere vis, ages nihilominus ex locato cum fullone; sed judicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi, fullonis videlicet sumptibus, sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit; tuas autem actiones te ei praestare compellet. Vgl. l. 14. § 16. D. d. furtis (47, 2).

2) Dabei ist im Falle des dolus oder der lata culpa der Locator berechtigt, die Größe des Schadens durch Juramentum in litem zu beweisen.

γγ. Ablieferung. Probatio operis:

§ 36.

Bei diesem materiellen Opus, welches in der Umformung eines Gegenstandes besteht, hat der Conductor eine besondere Verpflichtung, nämlich die der **Ablieferung**[1]), wie der gemeine Sprachgebrauch sich ausdrückt. Das Opus abliefern heißt bei den römischen Juristen: — opus locatori probare oder adprobare[2]). Es genügt also zur Erfüllung des Contractes nicht, daß der Conductor das Opus anfertigt, auch nicht, daß er dem Locator die Anzeige macht, daß es fertig sei, sondern er ist auch verpflichtet, dem Locator **den factischen Nachweis zu liefern, daß das Opus die contractliche Beschaffenheit habe**[3]). Letzteres erfordert, daß beide

1) Unterholzner a. a. O. S. 348.

2) L. 27. D. loc. cond. (19, 2): — priusquam locatori opus probaretur. L. 36. eod.: — — quominus opus **approbetur** vel **admetiatur**. L. 51. §. 1. eod.: si ita opus locasti, ut bonitas ejus **tibi a conductore approbetur**. Das Wort „probare" heißt auch „genehmigen" und: „sich zufrieden erklären" und wird somit auch vom Locator gebraucht. In welchem Sinne es in einer Stelle genommen sei, muß der jedesmalige Zusammenhang ergeben. In l. 37 cit. kommt das Wort zuerst in der einen und dann in der andern Bedeutung vor: — ut probari (sc. a locatore) deberet. Vgl. l. 60. § 3. eod.: — prolatio et improbatio. Diese Verpflichtung zum probare opus besteht nach stillschweigender Meinung der Contrahenten auch für die „Entreprise". Von dieser Verpflichtung des Conductors zur Ablieferung enthalten die Lehrbücher des Civilrechts Nichts, weil man allgemein der irrigen Ansicht ist, daß „die Erklärung des Locators, mit dem Resultate zufrieden zu sein, in den Quellen probatio oder approbatio genannt werde" Weiske a. a. O. S. 813. Es ist dies um so befremdlicher, als Donell a. a. O. das Wort approbatio in der richtigen Bedeutung nimmt und eine solche Ablieferungspflicht des Conductors statuirt, indem er bei seiner Definition der loc. operis hinzufügt: — „sic tamen ut facti bonitas postea sibi (i. e. locatori) approbetur".

3) Auch den contractlichen Umfang. So, wenn das Opus in einer Quantität gleichartiger Fabricate besteht, also nach Zahl, Maaß oder Gewicht bestimmt ist. Hier gehört auch zum adprobare opus das **Vor**-

Contrahenten zusammentreten, selbst oder durch Stellvertreter —, und das Opus ihnen vorliegt. Bis solche operis probatio, oder, wie es auch heißt, adprobatio vom Conductor beschafft ist, ist die bedungene Merces nicht fällig; der Klage des Conductors steht bis dahin die exceptio non adimpleti contractus entgegen. Zur Genügung dieser Pflicht hat der Conductor die Ablieferung des Opus anzubieten, was stillschweigend durch die Anzeige geschieht, daß das Opus fertig sei. Der Locator hat sich auf solche Anzeige ohne Vorzug einzufinden. Heißt es in dem Contract, die adprobatio solle arbitrio domini (d. h. des Locators) geschehen, so soll dies nicht den Sinn haben, daß der Locator den Ablieferungstermin beliebig bestimmen oder hinausschieben könne [1]). Der Ausdruck soll also dann nicht in der Bedeutung von Ablieferung des Opus genommen werden. Erscheint der Locator um sich das Opus adprobiren zu lassen, so besteht dieser Act darin, daß der Conductor dem Locator zeigt, wie das Opus den Bestimmungen des Contracts entspreche, daß er die verlangten Aufklärungen giebt und unbegründete Monituren widerlegt. Zu einer „Genehmigung“ und „Uebernahme“ des Opus wie man wohl behauptet hat [2]), ist der Locator nicht verpflichtet, und, wenn er genehmigt, wird

messen, Vorwägen und Vorzählen gegenüber dem Locator oder dessen Stellvertreter cit. l. 36: — approbetur vel admetiatur.

1) Cit. l. 24. pr. eod.: idque arbitrium ad qualitatem operis non ad prorogandum tempus, quod lege locationis finitum sit, pertinet. Heut zu Tage ist ebenso zu interpretiren, wenn es in dem Contract heißt: „Die Prüfung des Opus wird in das Ermessen des Bauherrn gestellt“. Das arbitrium ist stets als arbitrium boni viri zu verstehen, auch in dem Falle, wenn nach dem Contract ein Dritter über die Tüchtigkeit des Opus entscheiden soll, und der Conductor sich diesem Ausspruche unbedingt zu unterwerfen hat. Eod.

2) Weil man übersehen hat, daß das „probare opus“ ein Act ist, den der Conductor vorzunehmen hat. Vgl. Puchta Pand. § 367. Arndts Pand. § 315. Windscheid Lehrb. § 401.

der Conductor nicht frei von seiner Verbindlichkeit, für heimliche Mängel des Opus, welche durch seine Verschuldung entstanden sind, einzustehen [1]). Erscheint der Locator nicht, so ist er in mora accipiendi und hat die rechtlichen Folgen davon zu tragen. Auf den Locator geht dann omne periculum operis über (§ 37), — die Merces ist fällig, auch hat der Locator dem Conductor sein sonstiges Interesse zu ersetzen. Von letzterer Verbindlichkeit ist er nur frei, wenn er sofort auf die adprobatio operis verzichtet. Die förmliche Adprobation als ein besonderer, der Tradition analoger, Act kommt practisch nur bei Werken vor, welche mit dem Grund und Boden zusammenhängen oder doch einen bedeutenden Umfang haben [2]). Aber auch in andern Fällen muß der Conductor den Act vornehmen, wenn er verlangt wird [3]). War dem Locator das Opus zugeschickt, wie dies regelmäßig bei Kleidungsstücken geschieht, so muß sich natürlich der Conductor beim Locator einfinden. In der Zustellung des Opus liegt aber hier stillschweigend die Anfrage, ob der Locator eine förmliche Adprobation verlange, und, wenn er das Opus annimmt, ohne ein solches Anverlangen zu stellen, so hat er drauf verzichtet und die ein-

1) Seuffert, Arch. X. 256. XII. 153. Unrichtig ist die Ansicht, daß nach erfolgter Genehmigung des Opus der Conductor nur noch für die dolos verschwiegenen Mängel des Opus hafte. (Weiske a. a. O. S. 815). Dies sagt die dafür angeführte l. 24. pr. in fine D. loc. cond. (19, 2) nicht. Ueber den Sinn dieser Stelle siehe unten S. 351 den Text zur Note 1. Bei öffentlichen Bauten sollen die Baumeister und deren Erben für alle innerhalb 15 Jahren sich herausstellenden Fehler der Sache, soweit sie nicht zufällig entstanden sind (was sie zu beweisen haben), haften. L. 8. C. d. operib. publ. (8, 11).

2) Hier aber auch regelmäßig und stets mit beiderseitiger opinio necessitatis, sodaß die Verpflichtung des Conductors, wenn sie nicht nach römischem Rechte schon bestände, jedenfalls als eine gewohnheitsrechtliche bestehen würde.

3) Frauenzimmer verlangen gewöhnlich die förmliche Adprobation der für sie gefertigten Kleider; Männer verzichten in der Regel darauf.

seitige Prüfung übernommen. Eine Approbation, bei welcher der Conductor dolos verfährt, also ihm bewußte Mängel dem Locator durch Täuschung verbirgt und dadurch die Genehmigung desselben erschleicht, entzieht diesem die actio locati und exceptio non adimpleti contractus nicht[1]).

δδ. Periculum operis.

§ 37.

Das materielle Opus kann während seiner Entstehung oder, zwar nach seiner Entstehung, aber vor seiner Ablieferung (§ 36) casu unter- oder verloren gehen. Dann entsteht die Frage über das periculum operis. Das Opus als Product geht stets dem Locator unter d. h. dieser trägt den Verlust des gelieferten Materials. Aber die eigentliche Frage ist hier: — wer trägt die Gefahr der in dem Opus steckenden Arbeit? Bekommt der Conductor bezahlt oder hat er umsonst gearbeitet? Das Princip ist: Opus donec (locatori) approbetur conductoris periculo est. Der Conductor trägt also bis zur Ablieferung (§ 36) das periculum casus, jedoch mit Ausnahme der Fälle einer vis major[2]), d. h. einer Naturkraft, dem menschliche Kraft überhaupt nicht zu widerstehen im Stande ist, wie Blitzschlag, Erdbeben, Ueberschwemmung, Sturm[3]). Andere Unfälle trägt der Conductor, wenn sie ihm

1) Cit. l. 24. pr. eod.: — ut irrita sit approbatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit. Vgl. S. 350 Note 1.

2) Viele Juristen beachten noch immer nicht, daß es zwei Arten von zufälligen Ereignissen giebt: die vis major und abwendbare Unfälle, deren Nichtabwendung aber in concreto nicht als culpa anzurechnen ist. Die Identificirung der vis major mit dem casus überhaupt hat zu der irrigen Behauptung geführt, daß die Worte: „opus conductoris periculo est" in den Quellen garnicht vom periculum casus redeten. Buchholtz in Linde's Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. VIII. 1. Vgl. Burchardi a. a. O. S. 136.

3) Als Untergang durch vis major wird auch der Untergang vitio materiae behandelt L. 62. D. loc. cond. (19, 2): Paulus, immo si

auch als culpa nicht imputirt werden können [1]). Dahin gehört namentlich Diebstahl [2]) und abwendbare Beschädigung durch Dritte [3]). Dieses Periculum will grade der Locator auf den Conductor übertragen [4]), — dafür bezahlt er. Ein anderer Grund dafür ist, daß der Conductor contractlich die ganze Leitung des Opus hat, also den Locator hindert, abwendbare Unfälle selbst abzuwenden [5]). Um das periculum operis vollständig auf den Locator zu übertragen, genügt also weder die contractliche Vollendung des Opus noch die Anzeige, daß es fertig sei, sondern es muß die Ablieferung erfolgt sein [6]). Hat sich der Conductor

---

soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio (d. h. durch einen Kunstfehler) accidit, tuum detrimentum est.

1) L. 36. D. loc. cond. (19, 2): Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur (sc. locatori) conductoris periculum est. — Si tamen vi majore opus prius interciderit, quam approbaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: L. 37. eod: Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. Es wird daher die erweisliche Tüchtigkeit der bis dahin geleisteten Arbeit stets vorausgesetzt. L. 59. eod.: Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.

2) Es handelt sich hier nicht um den Ersatz des gestohlenen Materials, sondern um die Frage, ob der Conductor, wenn das Opus vor der Vollendung oder Ablieferung gestohlen wird, seine bisherige Arbeit bezahlt erhält oder nicht. Daher kann hier die cit. l. 60. § 2. D. loc. cond. nicht normiren. Die beiden Fragen verwechselt Westphal a. a. O. § 935.

3) Die in der vorigen Note beregten Fragen sind auch hier nicht zu verwechseln.

4) Donelli comm. loc. cit.

5) Arg. l. 36 cit.: — non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod (locator) sua cura atque opera consequutus esset. Ueber die Ansicht, daß der Conductor, wenn das Opus vor seiner Vollendung untergeht, auch die abverdiente Merces nicht fordern könne, unten § 38 a. E.

6) Der Conductor kann vertragsmäßig omne periculum übernehmen, cit. l. 36: nisi si aliud actum sit. — Quod vero ita conductum sit,

zur Ablieferung erboten, aber der Locator ist in mora accipiendi, so haftet jener nicht bloß nicht mehr für casus, sondern überhaupt nur noch für dolus und lata culpa. Ist der Conductor in Folge einer Interpellation des Locators in mora, so trägt er auch die Unfälle der vis major, wenn er nicht beweisen kann, daß der Unfall auch den Locator getroffen haben würde, wenn er rechtzeitig abgeliefert hätte [1]).

§ 38.

Wenn das Opus während seiner Entstehung durch vis major untergeht, so bleibt noch die Frage, ob der Conductor sich mit dem abverdienten Lohn begnügen muß oder die ganze Merces fordern kann? Und Letzteres müßte nach Analogie der loc. operarum behauptet werden [2]). Diese Consequenz geben die römischen Juristen auch zu [3]), entscheiden aber aus Billigkeitsrücksichten, daß in solchem Falle der Contract

---

ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit.

1) Nach den allgemeinen Regeln über Mora. — Die Normen über periculum operis gelten nicht für die Entreprise. Der sog. Unternehmer (§ 4) trägt, wenn nichts Anderes verabredet ist, omne periculum operis; er wird ganz so behandelt, wie der, welcher ein Fabricat auf Liefrung verkauft hat. Trifft das Opus ein Unfall, so muß er die Arbeit von vorne beginnen, und es fragt sich nur, ob ihm auch die volle contractliche Frist von Neuem gegeben werden muß. Strenge genommen wäre sie ihm nicht zu gewähren. Aber die desfalsige Controverse unter den römischen Juristen ist dahin entschieden: verius est, ut integrum ei detur. L. 15. D. d. V. O. (45. 1).

2) Cit. l. 38 pr. D. loc. cond. (19. 2).

3) L. 33 D. eod: Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes. Quemadmodum si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis (sc. ut totam mercedem solveres); nam et si vendideris mihi fundum isque, priusquam vacuus tradatur, publicatus fuerit, tenearis ex empto.

aufgehoben sei und der Conductor nur den abverdienten Lohn verlangen könne[1]).

1) Cit. l. 33: — Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim restituas, ejus scilicet temporis, quo fruitus non fuerim nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. Dieselbe Entscheidung ist hier für den Fall der loc. conductio operis zu subintelligiren, welche in dieser Anwendung lauten würde: Idem et circa conductionem operis servandum puto et mercedem, quam praestiterim, restituas, ejus sc. temporis quo fruitus opera tua non fuerim. Die Analogie der loc. cond. operarum springt hier klar in die Augen, — daß es nämlich auch bei der loc. operis im Grunde die Arbeit ist, welche bezahlt wird. Die l. 33 cit. sagt also, soweit sie uns hier interessirt, Folgendes: — Wenn Jemand ein Haus verkauft hat und dieses dann vor der Tradition vom Fiscus eingezogen wird, so ändert dies eigentlich Nichts an der Verpflichtung des Verkäufers; allein, es sei billig, daß der Käufer sich hier mit der Restitution des bereits bezahlten Preises begnüge und keinen Anspruch auf ein weiteres Interesse habe, also daß der casuelle Schade in einem gewissen Grade auch vom Käufer mitgetragen werde. Ganz so sei es beim Baucontract, wenn es vor seiner Vollendung einstürze. Auch hier sei strenge genommen der Locator operis zur Zahlung der vollen Merces verbunden, allein es sei billig, daß sich der Conductor mit der abverdienten Merces begnüge. — Diese singuläre Bestimmung ist nicht zu generalisiren, aber auch nicht auf den Baucontract zu beschränken, sondern auf alle Fälle, wo ein materielles Opus Gegenstand des Vertrags ist, zu extendiren. Mühlenbruch, Pandectenrecht II. § 365 ignorirt die cit. l. 33 gänzlich, findet in ihr also nichts Singuläres, und bringt für die loc. operis die allgemeine Regel der loc. operarum in l. 38. D. loc. cond: — Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet, zur Anwendung, indem er dieselbe so faßt: Der Conductor operis kann immer seine ganze Merces fordern, wenn ohne seine Schuld das Opus nicht ausgeführt werden kann. Diese Ansicht spricht schon Leyser, medit. ad pand. spec. 212, medit. 5 aus und sie hat außer Mühlenbruch noch andere Anhänger z. B. Madai, die Lehre von der Mora S. 277 ff. Die Regel ist übrigens — abgesehen von der Frage nach ihrer unbeschränkten Anwendung — unrichtig gefaßt und muß lauten: der Conductor operis bekommt die

ganze Merces, wenn ihm keine Mora vorgeworfen werden kann. In dieser Bedeutung sind in der von Mühlenbruch a. a. O. Note 7 angezogenen Stellen die Worte: per eum non stetit, quominus operas praestet, zu verstehen. Der Conductor operis kann ohne seine Schuld an der Ausführung des Opus gehindert werden, und dennoch nicht in der Lage sein behaupten zu können: per me non stat, quominus operas praestem cit. l. 15 eod. Vgl. oben §. 28.

Anmerkung. Nirgends erscheint der Unterschied zwischen loc. operis und Entreprise wichtiger und practischer als in der Frage über das periculum operis. Die Verwechslung oder Vermengung der beiden Begriffe hat hier eine wahre Verwirrung hervorgerufen und zu einer gewaltsamen Behandlung der Quellen geführt. Ist ein Werk in Entreprise gegeben, so hat der Besteller überhaupt nur zu zahlen, wenn entweder das Opus mit der contractlichen Beschaffenheit wirklich abgeliefert oder der Besteller rücksichtlich der Ablieferung in mora accipiendi ist. Von diesem Standpuncte aus behandelt Puchta (Pandecten-Vorlesungen Bd. II. § 366, 367 und Pand. § 367) die Frage über das periculum operis bei der loc. conductio operis, sieht sich aber, um mit klaren Aussprüchen der Quellen nicht in Widerspruch zu gerathen, genöthigt, eine Distinction zu machen. Er entscheidet für den Fall, daß das Opus während seiner Entstehung, also vor der Vollendung durch vis major untergeht, consequent von seinem Standpuncte, daß der Conductor operis Nichts bekommt; dagegen will er, wenn das bereits vollendete Opus vor der Uebernahme durch vis major untergeht, dem Conductor den Anspruch auf volle Merces zusprechen. Allein diese Distinction ist rein willkürlich; sie findet in den Quellen keine Stütze, und: — lege non distinguente nec nostrum est distinguere. Auch sprechen keine innern Gründe für solche Unterscheidung, vielmehr würde es ganz unerklärlich sein, wenn das römische Recht den Unterschied gemacht hätte. Man sieht ganz klar, daß die gewaltsame Behandlung der Quellen ihren Grund in einer vorgefaßten irrigen Ansicht Puchta's über die wahre Natur der locatio operis und in dem Bestreben hat, diesen Standpunct den Quellen gegenüber um jeden Preis durchzuführen. Der Ansicht Puchta's huldigen: Lang, Lehrb. der Institutionen § 254 a. E. Bruno Schilling, Pandectenrecht § 691, Nr. 3. Kritz, Pandectenrecht Th. I. Bd. II. S. 297 Nr. 7 a. Mommsen, Beitr. § 31. Burchardi a. a. O. Dieser letzte Schriftsteller gelangt bei der Verwechslung der loc. operis mit der Entreprise bis zu der äußersten Consequenz, daß er behauptet: — wenn das Opus vor seiner Vollendung durch vis major untergehe, so bekomme der Conductor nicht bloß Nichts, sondern sei auch verpflichtet, das Opus von vorne zu beginnen. Er illustrirt dies noch durch

β. Besondere Bestimmungen.

aa. Das unbewegliche Opus[1]).

§ 39.

Hierher gehören insbesondere alle Bauwerke[2]). Der Baucontract als locatio operis erfordert wesentlich, daß der Ort genau bestimmt ist, wo das Gebäude stehen soll, ferner daß der Besteller des Opus (der sog. Bauherr) den Bauplatz hergiebt oder anweist. Wer von beiden Contrahenten die übrigen Materialien liefert, ist ganz gleichgültig[3]). Alle hierher gehörenden Verträge haben je nach der verschiedenen Natur des Opus ihre

ein Beispiel, und meint, daß es einen wichtigen Unterschied mache, ob das herzustellende Kellergewölbe vor oder nach Einfügung des letzten Steins einstürze! Dagegen ist vom richtigen Begriff der loc. operis aus zu behaupten: der Conductor operis übernimmt ein bestimmtes, nämlich das, zur Herstellung des Opus erforderliche, Quantum Arbeit. Müßte er nun bei casuellem Untergange des Opus vor der Vollendung von vorne anfangen, so müßte er ja mehr Arbeit leisten, als er versprochen hat. Mit der im Text entwickelten Ansicht stimmen überein: Unterholzner a. a. O. S. 352. Göschen, gem. Civilr. §. 515, Sintenis a. a. O. § 118. Buchholz, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. VIII. I. S. 7. Arndts Pand. §. 315.

1) Vgl. oben §. 16 Nr. 1 und 2.

2) Man unterscheidet: Land- und Wasserbauten. Zu jenen gehört die Aufführung von Gebäuden und der Wegebau (Anlegung von Chausseen und Eisenbahnen), zu diesem der Mühlen- und Brückenbau, Anlegung von Brücken, Deichen, Dämmen u. s. w. Andere in die Kategorie des unbeweglichen Opus fallende Beispiele sind: Planirung des Bodens, Abtragung eines Berges, Erdauftrag, Ziehung eines Grabens, Drainirung eines Feldes, Anlegung einer Rieselei zur Bewässerung von Wiesen, Ablassung eines Sees, Ackerbestellung, Abbruch eines Gebäudes.

3) Cit. l. 22 § 2. D. loc. cond. (19, 2). Daß der Vertrag dadurch, daß der Baumeister die Baumaterialien zu leisten hat, nicht aufhöre loc. conductio zu sein, sagt auch Pomponius in cit. l. 20 D. d. contrah. empt. (18, 1); aber er stützt sich für seine Entscheidung auf einen ganz andern Grund: — quoniam a me substantia proficiscitur. Er scheint Alles von der Eigenthumsfrage abhängig machen zu wollen. Vgl. oben § 34. Note 2).

besonderen Naturalia negotii, welche die Theorie nicht weiter entwickeln kann, sondern in jedem concreten Falle vom Richter aus der Natur des fraglichen Opus zu entwickeln sind.

ββ. Das bewegliche Opus.

§ 40.

In diese Kategorie fallen alle Fabricate im weitern Sinne und deren Reparaturen. Beim Schiffsbau behandeln die römischen Juristen den Kiel und bei der Anfertigung einer Schrift das Papier analog dem Grund und Boden, worauf ein Gebäude aufgeführt werden soll [1]). Der Schiffsbaucontract wäre daher locatio conductio, wenn der Besteller auch nur den Kiel [2]), — der Contract über Copialien allemal wenn der Besteller das Papier liefert. Für Gemälde findet diese Analogie nicht Statt. Man kann daher nicht sagen, daß bei der Bestellung einer Malerei oder eines Gemäldes eine locatio conductio vorliege, wenn der Besteller dazu die Leinewand, das Papier oder die Glasplatte u. s. w. liefert. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Absicht des Bestellers bestimmt dahin ging, daß diese von ihm gelieferte Leinewand u. s. w. zu der Malerei verwendet werden, — daß sie mit einer bestimmten Malerei versehen werden solle [3]). Bei Verträgen über ein bewegliches Opus

1) L. 9. § 1. D. d. A. R. D. (41, 1): — — perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, qua aedificantur aut seruntur.

2) Dies kommt indessen wohl nie vor. Der Schiffsbaumeister liefert stets alle Baumaterialien; der Baucontract ist daher stets Kauf. Regelmäßig beschränkt sich aber seine Arbeit darauf, das Schiff, wie man sagt, beil-, und bohrfertig zu machen. Zur Vollendung des Baues werden mit andern Handwerkern andere Verträge geschlossen, welche theils Kauf sind (z. B. rücksichtlich der Takellage, welche der Reifschläger liefert) theils locatio operis (z. B. rücksichtlich der Malerei).

3) Z. B. wenn eine Tabatiere gegeben wird, um ein Portrait darauf zu malen. Ferner sind in Porcellanfabriken die mit den Malern geschlossenen Verträge stets locatio conductio. Vgl. übrigens Dankwardt Nat. u. J. I. S. 40.

entsteht noch die Frage, ob der Conductor verpflichtet ist, dem Locator das fertige Opus zuzustellen. Bei manchen Fabricaten z. B. Bekleidungsstücken geschieht dies stets. Ob die Verpflichtung besteht, entscheidet die Ueblichkeit. Ferner hat bei Verträgen über ein bewegliches Opus der Conductor noch eine besondere Verpflichtung. Er haftet bei der Ablieferung für Verwechslung der Gegenstände [1]).

§ 41.

Bildet das Fabricat eine Quantität fungibler Sachen, so kann die Merces nach Zahl, Maaß oder Gewicht des Fabricats beredet werden [2]). Es gehört dann außer der Approbation (§ 36) noch die adpensio, admensio, adnumeratio [3]) dazu, um omne periculum operis auf den Locator zu übertragen (§ 37). Der Rohstoff zu dem Fabricat kann sein:

a. eine Species. Wenn hier der Rohstoff casu untergeht, geht er stets dem Locator unter [4]).

b. eine Quantität fungibler Sachen. Wenn hier die Absicht ist [5]), daß nicht idem, sondern tantundem restituirt werde [6]), so geht das Eigenthum daran auf den Conductor

1) L. 13. § 6. D. loc. cond. (19, 2): Si pullium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit. Um solche Verwechslung zu verhüten, heftet der Conductor gewöhnlich eine Marke an die res data und giebt dem Besteller eine gleiche Marke, mit dem Nebenvertrage, daß das Fabricat nur gegen Rücklieferung der Marke abgelassen werde.

2) L. 30. § 3. D. loc. cond. (19, 2).

3) Z. B. ein Gutsbesitzer läßt auf seinem Torfmoore eine bestimmte Quantität Torf fabriciren, das Mille zu so und soviel; ein Chausseebauunternehmer läßt Chausseesteine klopfen, die Bank zu so und soviel.

4) denn: casum senlit dominus:

5) Auf die Absicht des Locators kommt es hier wesentlich an. Diese und nicht, wie Sell, Arch. f. civ. Pr. XIX. 12. S. 321, meint, schon die Fungibilität der Sachen, giebt das entscheidende Moment ab.

6) Oder, wie Pomponius es in l. 34 D. d. auro (34, 2) besser

über, wird also als res **credita** behandelt und der Conductor trägt omne periculum [1]). Die Absicht kann auch stillschweigend erklärt werden, und dies ist stets anzunehmen, wenn der Besteller nicht das geringste Interesse daran hat, idem zurückzuempfangen, der Conductor die fragliche Fabrication gewerbsmäßig betreibt und Rohstoffe stets auf Lager hält [2]). Im Zweifel [3]) ist gegen die Uebernahme der Gefahr und gegen den

---

ausdrückt: — ut non tamen ex **eo** auro fieret opusculum, sed ex **alio**.

1) L. 31. D. eod: — rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni servanda locarentur, aut ejusdem generis redderetur, veluti cum argentum pulsatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum ut annuli, ex superiori causa rem domini manere, ex posteriori in creditum ire. In diesem zweiten Falle liegt ein Tausch vor, wie dies auch Pomponius in cit. l. 34 ausspricht: quasi permutationem fecisse videntur, aber nur Tausch des **Rohstoffs**; daneben besteht die locatio operis, weil dem Fabricanten ja die **Verarbeitung** des Stoffes, — die **faciendi** necessitas obliegt. Darum sagt eben Pomponius: **quasi** permutationem. Es ist unrichtig, das Ganze als Ein Geschäft unter dem Namen locatio irregularis aufzufassen. Es sind zwei Geschäfte, und soweit es locatio operis ist, ist es locatio regularis. Es giebt überhaupt keine loc. irregularis. Rücksichtlich des Rohstoffes anstatt der permutatio ein mutuum zu statuiren, dazu nöthigen die Worte: — in creditum ire, in cit. l. 31 nicht; denn res credita bezeichnet jeden zu restituirenden Werth, wenn er in das Vermögen des Empfängers übergeht. L. 2. § 3. D. d. reb. cred. (12, 1): creditum — a mutuo differt, quo genus a specie; nam creditum consistit **extra** eas res, quae pondere, numero mensura continentur.

2) Manche Juristen haben geleugnet, daß hier das Eigenthum auf den Conductor übergehe, — wegen des Wortes „quatenus" in cit. l. 34 D. d. auro. So Buchholtz, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. VIII. Brinz, S. 441. Aber man darf hier mit Windscheid unbedenklich statt „quatenus" — „protinus" lesen.

3) Kein Zweifel, daß idem restituirt werden soll, liegt vor, wenn der Conductor ein ganz unsicherer Mann ist und der gegebene Rohstoff einigen Werth hat. Hier geben die Strafbestimmungen über Unterschlagung die einzige Garantie des Locators gegen die Unredlichkeit des Conductors.

Uebergang des Eigenthums zu interpretiren. Mit dem Fall, wo der Contract geradezu dahin geschlossen wird, ut tantundem redderetur, ist nicht zu verwechseln der Fall, wo das Fabricat contractlich aus dem gegebenen Stoffe gemacht werden, aber nach einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Nebenvertrage dem Fabricanten freistehen soll, das Fabricat aus einem andern Stoffe gleicher Art anzufertigen. Hier ist der Vertrag die reine locatio operis und Eigenthum und Gefahr geht auf den Fabricanten erst über, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend[1]) seinen Willen erklärt hat, von dem Nebenvertrage Gebrauch zu machen[2]).

§ 42.

Die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere ist ein Handelsgeschäft, unterliegt also den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, wenn der conductor operis solche Arbeiten gewerbmäßig übernimmt und sein Gewerbe über den Umfang eines Handwerks hinausgeht[3]).

b. Transport.

§ 43.

Der Frachtcontract hat das Wesentliche, daß der Ort von

1) Z. B. der Müller schüttet das empfangene Korn mit dem seinigen zusammen.

2) L. 31. D. loc. cond. (19, 2); — Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat deberi. Die Stelle redet nicht von der Fabrication, sondern vom Transport, kann aber doch auch hier als Beleg dienen. Daß man diesen Fall nicht separirt hat, ist die Veranlassung zu der Controverse geworden, ob bei der loc. irregularis der Conductor immer das periculum trage. Buchholz und Brinz a. a. O. Sintenis II. § 118. Anm. 21.

3) HGB. Art. 271, 278—336. Insbesondere sind auch die Geschäfte der Druckereien, sofern nicht ihr Betrieb nur ein handwerksmäßiger ist, für Handelsgeschäfte erklärt. Eod. Art. 272. Nr. 5. Der Art. 271 geht auch auf die Fälle einer Entreprise. Der Conductor muß

wo, und der Ort wohin die Sache transportirt werden soll, bestimmt angegeben werden muß. Der Conductor hat ferner omnem diligentiam anzuwenden, um die ihm anvertrauten Frachtgüter unbeschädigt und unverdorben am Bestimmungsorte abzuliefern [1]). Für die Schäden, welche aus der natürlichen Beschaffenheit derselben oder der schlechten Verpackung Seitens des Locators entspringen, haftet er nicht [2]). Der Conductor ist auch zum Auf- und Abladen der Frachtgüter verpflichtet [3]). Endlich haftet auch hier der Conductor für Verwechslung der Sachen bei der Ablieferung [4]).

§ 44.

Die Uebernahme des Gütertransports zur See ist stets ein Handelsgeschäft; die Uebernahme des Gütertransports zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern nur dann, wenn der Conductor ein Frachtführer ist, d. h. eine Person ist, welche gewerbsmäßig solchen Transport zu Lande oder auf Flüssen oder Binnengewässern ausführt [5]).

---

sein Gewerbe mit größerem Capital und größeren Arbeitskräften betreiben, als ein Handwerker zu verwenden pflegt.

1) L. 25. § 7. eod: Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa accideret.

2) Denn eine weitere Verpflichtung rücksichtlich der Erhaltung der Frachtgüter, als die custodia liegt ihm nicht ob.

3) Cit. l. 25. §. 7: — dum tollitur aut reponitur.

4) Cit. l. 6. § 13. eod.

5) HGB. Art. 271. Nr. 4. Art. 272. Nr. 3. Art. 390—431. Art. 567—664. Art. 278—336. Das HGB. macht keinen Unterschied zwischen loc. operis und Entreprise. — Die Bestimmungen der lex Rhodia de jactu werden hier übergangen, weil sie mit dem Frachtcontract Nichts weiter zu thun haben, als daß die Ersatzansprüche der beschädigten Eigenthümer gegen den Schiffer mit der actio locati und die Ersatzbeiträge vom Schiffer mit der actio conducti beigetrieben werden. Vgl. HGB. Art. 702 ff.

2. Das immaterielle Opus [1]).

a. Gemeinsamer Grundsatz.

§ 45.

Das immaterielle Opus ist dasjenige, welches bei seiner Entstehung vom Locator sofort verbraucht wird; sobald es vollendet ist, ist es auch consumirt. Ist über ein solches Opus contrahirt: so muß der Locator bei der Entstehung desselben zugegen sein, wenn es ihm nicht verloren gehen soll. Es ist also diesem Vertrage wesentlich, daß Zeit und Ort der Ausführung angegeben wird, wenn dies nicht öffentlich bekannt gemacht oder notorisch ist.

b. Besondere Bestimmungen.

α. Der Personen-Transport.

§ 46.

Für das Gepäck der Reisenden gelten im Allgemeineu die Rechtsvorschriften über Gütertransport (§ 43). Geschieht aber die Beförderung zu Schiffe, so haftet der Conductor für die unbeschädigte Rücklieferung der an Bord gebrachten Sachen aus einem besonderen obligatorischen Grunde, — ex recepto [2]), und seine Verpflichtung ist strenger. Er haftet für die Sachen der Reisenden unbedingt, wenn er nicht nachweisen kann, daß sie durch vis major verloren gegangen sind. Dies ist analogisch auf das gewerbsmäßig betriebene Landfuhrwerk auszudehnen [3]).

---

1) Manche Juristen beschränken die locatio operis auf die Fälle des materiellen Opus. So Sintenis a. a. O. S. 669, welcher als Opus ein äußerlich wahrnehmbares Resultat verlangt. Nach Mühlenbruch a. a. O. II. § 414 sind „rechtlich nur zu unterscheiden:" der Transport von Sachen und die Vollführung eines Bauwerks.

2) Tit. Dig. 4. 9: Nautae caupones stabularii ut recepta restituant. L. 3. § 1. eod: At hoc edicto omnimodo, qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contigerit.

3) Puchta Pand. § 314. a. E.

§ 47.

Die Uebernahme der Beförderung von Reisenden über See und die Geschäfte der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten sind Handelsgeschäfte [1]), welche den besondern handelsrechtlichen Bestimmungen unterliegen [2]).

β. Wissenschaftliche Leistungen.

aa. Theoretische.

§ 48.

Dahin gehört der Unterricht, insbesondere die akademischen Vorlesungen. Auch der Lehrcontract fällt unter die Kategorie der locatio operis, wenn ein Lehrgeld verabredet und nach ausdrücklicher oder stillschweigender Absicht der Contrahenten der Lehrling dem Lehrherrn nicht zur Arbeit verpflichtet ist [3]). Ein Opus dieser Art ist stets ein indefinitum. Damit es Gegenstand einer Obligatio werden kann, wird es nothwendig, daß das zu leistende Arbeitsquantum der Zeit nach in bestimmte Grenzen eingeschlossen wird [4]). Dem Vertrage ist wesentlich, daß nicht bloß der Anfang, sondern auch das Ende des Opus bestimmt wird. Letzteres kann jedoch der willkürlichen Bestimmung der Contrahenten überlasseu werden, in welchem Falle das Contractsverhältniß auf Kündigung steht. Ueber die Kündigungstermine entscheiden, wenn hierüber Nichts ausgemacht ist, die Termine der Lohnzahlungen. Der Umfang kann auch stillschweigend dem Arbitrium des Conductors überlassen

---

1) HGB. Art. 271. Nr. 4. Art. 272. Nr. 3.

2) Eod: Art. 665—679. Reisegepäck: Art. 395. 425. — Art. 278—336.

3) Sonst bildet er einen combinirten, also eigenthümlichen, Contract. Siehe unten § 59. Die l. 13 § 4. D. loc. cond. (19, 2) spricht nicht vom Lehrcontract.

4) Vgl. oben § 13.

werden. So regelmäßig bei wissenschaftlichen Verträgen, namentlich akademischen Vorlesungen.

ββ. Practische[1]).

§ 49.

Ist hier die Merces nicht bestimmt: so entscheidet die gesetzliche Taxe und eventuell die Ueblichkeit[2]). Die römische Anschauung dieser Verhältnisse[3]) hat sich ganz verloren.

γ. Kunstvorstellungen und Kunstleistungen.

§ 50.

Dergleichen sind: — ein Schauspiel, ein Ballet, ein Concert, ein Feuerwerk. Die Verträge über ein solches Opus haben gewöhnlich das Besondere, daß die Merces im Verhältniß zu der Leistung so geringfügig ist, daß sie gar nicht als Aequivalent derselben gelten kann[4]). Der mit jedem einzelnen Zuschauer oder Zuhörer geschlossene Vertrag[5]) enthält eine laesio enormis, welche nur dadurch aufgehoben wird, daß das Opus gleichzeitig Vielen geleistet wird. Wird die Vorstellung nur

---

1) Leistungen eines Arztes (Cur, Entbindung, Operation), eines Advocaten (Proceßführung), eines Notars (Anfertigung einer Urkunde), u. s. w.

2) Besteht eine solche für die fragliche Dienstleistung nicht, so kann mit einer actio extraordinaria eine angemessene, arbitrio judicis festzustellende Remuneration gefordert werden. Dig. 50. 13: d. extraordinar. act. Wenn Jemand einen Arzt auffordert, einen Dritten in Behandlung zu nehmen, so haften beide dem Arzt solidarisch und gegen den Patienten, — wenn ein stillschweigender Contract mit demselben nicht anzunehmen steht (z. B. wenn er sich während der Behandlung in einem bewußtlosen Zustande befindet), competirt die extraordinaria actio.

3) Vgl. oben § 5.

4) Gewöhnlich; — doch kommen auch andere Fälle vor z. B. ein Schauspieldirector engagirt einen Sänger für eine bestimmte Oper.

5) Dieser ist indessen nicht immer locatio operis, sondern oft Entreprise. So der Contract des Zuhörers oder Zuschauers mit dem Schauspieldirector. Giebt eine Virtuose ein Concert, so ist es locatio operis.



von Wenigen besucht, so müßten die Grundsätze der laesio enormis angewandt werden[1]), was jedoch nicht angeht, weil eine solche Vorstellung 2c. 2c. kein justum pretium hat. Es kann also die Aufführung verlangt werden, wenn auch nur wenige Zuschauer sich betheiligt haben. Dies hat gar kein Bedenken, wo durch die Aufführung dem Conductor keine erheblichen Kosten verursacht worden. Ist dagegen die Aufführung kostspielig, so muß interpretirt werden, daß der Vertrag mit jedem Einzelnen unter der Voraussetzung geschlossen ist, daß sich eine genügende — d. h. arbitrio boni viri zu bestimmende — Anzahl von Zuschauern betheiligt. Die Bedingung ist, da die Merces stets pränumerirt wird, als eine resolutive zu nehmen. Hat sich also ein zu schwaches Publicum eingefunden, so gelten die Contracte mit den einzelnen als nicht geschlossen, und diese haben eine Condictio auf Rückgabe der Preise ihrer Billete. Kann die Vorstellung eines eintretenden Casus wegen nicht aufgeführt werden, so wird, wenn dieser ein objectiver ist, Nichts zurückgegeben[2]); ist derselbe ein subjectiver, so wird der Preis nach Abzug der abverdienten — arbitrio boni viri zu schätzenden[3]) — Merces restituirt.

B. Rechtsgeschäfte.

§ 51.

Was Gegenstand eines Mandats sein kann, kann auch Gegenstand der locatio operis sein, mithin auch Rechtsgeschäfte, wenn sie für einen Andern geschlossen werden können, also eine Stellvertretung zulassen. So namentlich:

1) Und zwar in beiden Fällen, — der loc. operis und der Entreprise.

2) Vgl. oben § 28. Anders im Falle der Entreprise. Der Schauspieldirector hat Alles zu restituiren.

3) Solche Schätzung ist nicht immer, oft aber sehr wohl möglich z. B. bei einem Concert.

1. Der Verkauf und Einkauf von Gegenständen[1]).

2. Der Abschluß eines Frachtcontracts über Gegenstände, welche man zur Weiterbeförderung empfangen hat.

3. Aufnahme eines Darlehens für einen Andern.

4. Zahlung für einen Andern.

5. Die Vermittlung von Rechtsgeschäften und der Abschluß derselben mit Dritten. Regelmäßig geht in allen diesen Fällen die Intention der Contrahenten dahin daß die Merces[2]) nur bezahlt werden soll, wenn das aufgetragene Rechtsgeschäft wirklich zum Abschluß kommt[3]), und daß

---

1) Besonders ist hier die Versteigerung gegen die beredete oder übliche Auctionsgebühr zu erwähnen. — Wird die zum Verkauf übergebene Sache mit Werthbestimmung übergeben, so kann dies einen doppelten Sinn haben, wie bei der Bestellung einer dos. Die Aestimation kann taxationis oder venditionis causa geschehen d. h. sie kann den Zweck haben, entweder im Voraus die Größe des eventuellen Schadens vertragsmäßig festzustellen oder den Werth der res vendenda zum eigentlichen Contractsgegenstand zu machen. Letzteres ist im Tit. Dig: d. aestimatoria (19, 3) gemeint: — cum res aestimata vendenda datur. In diesem Falle geht, wie bei der dos, Eigenthum und Gefahr auf den Empfänger über, und dieser hat dann den empfangenen Werth entweder in natura oder in Geld zu restituiren. L. 1. § 2. D. d. aestimatoria (19, 3). L. 5. § 3. D. commodati (13, 6). Welche Art von Aestiniation in concreto gemeint ist, ist Sache der Interpretation. Im Zweifel ist gegen den, welcher die res vendenda übergiebt, zu interpretiren: — qui clarius loqui potuit et debuit. Die Regel: in dubio pro reo würde zu demselben Resultat: — Präsumption der aestimatio taxationis causa führen. Es war unter den römischen Juristen lange Streit darüber, mit welcher Klage die Sache oder der Werth zu fordern sei. Die Controverse ist dadurch beseitigt, daß der Prätor in allen Fällen dieser Art (welcher Contract auch vorliegen möge) eine besondere Klage, die actio aestimatoria gab. L. 1. pr. D. d. aestimatoria (19, 3): — melius enim visum est, hanc actionem proponi; quoties enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem.

2) Diese wird ad 1 gewöhnlich in Procenten vom Erlös bestimmt.

3) Revocirt der Locator das Opus: so gilt die Bedingung als er-

neben der Merces noch die Auslagen erstattet werden sollen. Dies ist daher im Zweifel auch zu präsumiren. Die Ausrichtung solcher Aufträge kann gewerbsmäßig übernommen worden. Dann heißt der, welcher sie übernimmt: ad. 1: Commissionär, ad. 2: Spediteur, ad. 3 und 4: Bankier, ad. 5: Makler[1]), und die Merces respective: Provision, Spesen, Negoce-Gebühr und Courtage. Die gewerbsmäßige Uebernahme dieser Geschäfte macht sie zu Handelsgeschäften, mit Ausnahme jedoch der amtlichen Geschäfte des Handelsmaklers[2]).

6. Die Proceßführung.

Advocat und Client*).

§ 52.

Das von dem Advocaten übernommene Opus ist ein

füllt. L. 161. D. d. R. J. (50, 17): In jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi ac si conditio impleta fuisset. Es kann auch die Absicht der Contrahenten sein, daß der Contract mit der Ausführung des Opus erst perfect sein soll, sodaß der Locator bis dahin beliebig und ohne Nachtheil revociren kann. Dann liegt bis dahin ein Mandat vor.

1) H.G.B. Art. 272 Nr. 2. 3. 4.

2) Statt des Maklers kommen Vermittlungs-Institute vor. Dahin gehören die Nachweisungs-Bureaus.

*) Wegen der entgegenstehenden gangbaren Auffassung erscheint es angemessen, das Verhältniß des Advocaten zum Clienten vom Standpuncte der locatio conductio operis ausführlich zu erörtern. Die Rechtfertigung dieses Standpunctes ist oben § 5 gegeben. Für diese Auffassung erklärt sich Strube, Rechtl. Bedenken II. 172. Gensler, Comment. I. S. 115 faßt das Verhältniß als Innominatcontract, nach der Formel do ut facias. Die gangbare Ansicht ist, es als Mandat zu behandeln. Diese hat sich wohl deshalb so lange gehalten, weil man den Satz, daß alle Rechtssätze des Mandats, welche nicht auf der Unentgeldlichkeit der Dienstleistung beruhen, analog auf die loc. operarum und operis anzuwenden sind, nicht beachtet hat und ohne diesen der Standpunct der loc. operis für die Beurtheilung des Verhältnisses allerdings

bestimmter Proceß, worin der Locator (sog. Mandant) die Rolle des Klägers oder des Beklagten hat[1]). Mit dem Empfange der Vollmacht ist der Contract perfect. Die schriftliche Vollmacht ist für den Sachwalt nur ein Beweismittel, dient aber andrerseits zur gesetzlichen Legitimation des Sachwalts zum Proceß und ist also in sofern nothwendig[2]). Der Vertrag ist perfect, gleichviel, ob ein rundes Honorar für das ganze Opus beendet wird (was selten, aber doch mitunter vorkommt) oder die gesetzliche Taxe normiren soll[3]). Im letzteren Falle soll der

---

nicht zutreffend sein würde. Wetzell, Syst. des ordentl. Civilpr. S. 52 schließt die loc. conductio aus, weil die Dienste des Advocaten keinen Marktwerth hätten. Der Grund ist unzutreffend, weil das Wesen der loc. operarum und operis nicht mehr darin liegt, daß die Dienste einen Marktpreis haben. Wenn dieser Schriftsteller ferner alle contractlichen Beziehungen zwischen dem Advocaten und Clienten ableugnet, weil die Dienste, welche der Advocat in seinem Berufe leiste, „kein Vermögensinteresse darböten", — so ist dies so unbestimmt und dunkel ausgedrückt, daß es sich aller Kritik entzieht. Soll damit gesagt sein, daß die Dienste des Advocaten keinen Werth hätten, so ist auf die Anfangsgründe der Nationalökonomik zu verweisen; soll damit behauptet sein, daß die dem Advocaten aufgetragenen Dienste für den Mandanten nie ein Interesse hätten, und daher keine Obligatio zwischen ihnen entstehen könne, so ist eine Widerlegung dieser Ansicht unnöthig. Ein Advocat, welcher sich heute noch als bloßer Gönner seines Mandanten, diesen als einen wirklichen Clienten d. h. Schützling und sein Honorar als Geschenk ansähe, würde sich eine aristokratische Stellung beilegen, welche ihm die öffentliche Meinung nicht mehr einräumt. Vgl. Windscheid a. a. O. § 404. Note 3.

1) Uebernimmt, was mitunter vorkommt, der Client selbst die ganze Direction der Proceßführung, sodaß der Sachwalt bloßer Concipient ist: so ist der Vertrag nicht loc. operis, sondern operarnm.

2) Wohl überall ist der wesentliche Inhalt der Vollmacht gesetzlich bestimmt und außerdem verordnet, inwieweit eine Specialvollmacht erforderlich ist.

3) Die Bestimmungen der Taxe sind einfach als Naturalia negotii rücksichtlich der Größe der Merces aufzufassen.

Sachwalt für jede einzelne Arbeit[1]) bezahlt haben[2]). Dies steht jedoch mit der loc. conductio operis nicht in Widerspruch[3]). Nach einem stillschweigenden Nebenvertrage soll der Sachwalt neben seiner Merces noch den nothwendigen baaren Verlag[4]) ersetzt haben, und er gilt stets als beauftragt, dieserhalb für den Clienten in Vorschuß zu gehen. Mit dem Hauptvertrage ist daher stets ein solches Mandat verbunden.

§ 53.

Der Sachwalt hat den übernommenen Proceß bis zu Ende durchzuführen, also einschließlich der Executionsinstanz. Da eine geschickte und umsichtige Proceßführung besondere Fähigkeit und Erfahrung voraussetzt, die Bestellung eines bestimmten Sachwalts also regelmäßig auf persönlichem Vertrauen beruht: so ist ihm die Substitution stillschweigend untersagt; er darf sie also nur aus dem Gesichtspunct einer negotiorum gestio vornehmen. Regelmäßig findet sich in der dem Advocaten ausgestellten schriftlichen Vollmacht die clausula substituendi und in Particularrechten ist diese Clausel in das gesetzliche

1) Welche einzelnen Arbeiten nothwendig sind, oder dem Interesse des Mandanten entsprechen, bestimmt das, richterlich zu controlirende, Arbitrium des Advocaten.

2) Im Laufe des Processes kommen eine Menge kleiner Mühwaltungen und Aufwendungen vor, für welche er ihrer Geringfügigkeit wegen Nichts berechnen kann. Dafür wird ihm particularrechtlich (wohl überall) ein Aversionale unter der Bezeichnung: pro cura oder einer ähnlichen Benennung zugebilligt. Der Ansatz „pro cura" enthält daher nicht bloß Honorar, sondern auch Verlag, z. B. für Schreibmaterialien, Wachsstock. Ist Stempelpapier zu verwenden, so ist der Sachwalt insofern Steuereinnehmer, und sein Gehalt steckt in der cura; zur Erhebung desselben ist er auf seinen Mandanten angewiesen.

3) Cit. l. 51. § 1. D. loc. cond. (19, 2). Vgl. oben S. 322 Note 2.

4) Für Stempel, Copialien, Porto, die von ihm einzulösenden gerichtlichen Decrete, Reisen.

Vollmachtsformular aufgenommen. Allein damit ist ihm noch nicht erlaubt, willkürlich zu substituiren[1]), sondern nach der stillschweigenden Absicht der Clienten ist dennoch die Substitution auf die Fälle wirklicher Behinderung und solche, wo sie durch das Interesse des Clienten selbst geboten ist[2]), beschränkt. Der Sachwalt muß sofort nach empfangener Vollmacht seine Arbeit beginnen und nach den Vorschriften des Proceßrechts durchführen[3]); aber, wenn er nicht, oder nicht länger[4]), die mit der Proceßführung verbundenen baaren Auslagen übernehmen will, darf er resp. nach zuvoriger Anzeige seine Thätigkeit beanstanden, bis ihm der nöthige Vorschuß bestellt ist[5]). Aus demselben Grunde und mit derselben Beschränkung, darf er, wenn der bestellte Vorschuß erschöpft ist, seine Arbeit solange unterbrechen, bis ihm ein neuer bestellt ist. Der Sachwalt hat die freie und selbständige Leitung der Arbeit, und hat nicht nöthig sich in dieser Rücksicht Weisungen vom Clienten geben zu lassen; denn er hat nicht als

1) Nur beim Gericht gilt in allen Fällen der Substitut als ad processum legitimirt.

2) Z. B., wo durch die Substitution Reisekosten vermieden werden, welche der Client zu bezahlen hätte.

3) Eine juristische Unmöglichkeit liegt in den gesetzlich angeordneten Gerichtsferien.

4) Er kann nämlich, wenn er die Auslagen zu machen übernommen hat, das desfalsige Mandatsverhältniß zum Clienten zu jeder Zeit durch Renuntiation wieder aufheben.

5) Dieser Vorschuß ist als cautio damni infecti zu beurtheilen. Keinenfalls darf er aber wegen mangelnder Vorschusses nothwendige Acte unterlassen, z. B. keine Fatalien versäumen. Thut er dies, so ist er in culpa und hat seinem Clienten den dadurch entstandenen Nachtheil zu ersetzen. Denn, will er überhaupt Vorschuß haben, so muß er es gleich Anfangs sagen, weil er diesen Vorschuß sonst stillschweigend übernimmt, und will er nicht länger in Vorschuß gehen, so liegt ihm ob, dies so früh anzuzeigen, daß dadurch seiner Partei kein Schade erwächst. Auf Vorschuß des Honorars hat er nur Anspruch, wenn dies ausgemacht ist, wie jeder andere conductor operis. Ist ein Vorschuß gestellt, so ist er auf Verlag und Honorar zu beziehen.

locator operarum seine Dienste den willkürlichen Befehlen des Clienten zur Verfügung gestellt, sondern ein Opus übernommen. Auf Verlangen[1]) des Clienten hat er demselben zu jeder Zeit über den Stand der Sache Bericht zu geben. Er haftet rücksichtlich aller seiner Obliegenheiten für levis culpa; soweit ihm die Substitution erlaubt ist, für levis culpa in eligendo[2]), sonst schlechtweg. Für seinen Schreiber und Expedienten haftet er unter allen Umständen unbedingt. Für die ihm vom Clienten übergebenen Urkunden haftet er für levis culpa in custodiendo.

§ 54.

Der Client ist verpflichtet, dem Sachwalt die contractliche[3]) Merces zu bezahlen und den Verlag zu ersetzen[4]). Die Erstattung des Verlags kann zu jeder Zeit verlangt werden. Die Merces anlangend, so ist zu unterscheiden, ob ein rundes Honorar verabredet ist oder nicht. Im ersteren Falle ist sie erst fällig, wenn der Sachwalt seinerseits alle seine contractlichen Verbindlichkeiten erfüllt hat, also entweder der Proceß zu Ende geführt oder die Vollmacht revocirt ist[5]). Ist da-

1) Zur Mittheilung wichtiger Vorkommenheiten ist er von vornherein stillschweigend zur jedesmaligen Mittheilung aufgefordert; so z. B. der erfolgten Vernehmlassung des Gegners, des erfolgten Beweisinterlocuts. Solche unaufgeforderten Berichte hat der Client zu bezahlen, wenn er sich dieselben nicht ausdrücklich verbeten hat.

2) Er darf nicht jeden beliebigen immatriculirten Advocaten substituiren.

3) Also die ausdrücklich oder stillschweigend (mit Bezug auf die gesetzliche Taxe) verabredete.

4) Der Sachwalt hat nach dem Gerichtsgebrauche zu seiner Sicherheit ein Retentionsrecht an allen Actenstücken. Glück Comment. V. § 372 Note 59. L. 25. 26. D. d. procur. (3, 3). Bülow und Hagemann pract. Erört. I. 70. In Particularrechten enthält das gesetzliche Vollmachtsformular auch noch die Clausel sub hypotheca bonorum.

5) Vgl. unten § 55.

gegen kein rundes Honorar verabredet, also mit Rücksicht auf die gesetzliche Taxe contrahirt: so muß auf Verlangen jede einzelne Arbeit sofort bezahlt werden, oder, was dasselbe ist, der Sachwalt darf seinem Clienten zu jeder Zeit seine bisherige Rechnung geben und Zahlung verlangen[1]).

§ 55.

Verbietet der Mandant die Fortsetzung des Processes, so muß der Sachwalt mit seiner Thätigkeit sofort einhalten. Er darf von den gestellten Vorschüssen Nichts mehr verwenden, hat keinen Anspruch auf Ersatz fernerweitiger Auslagen und muß dem Clienten allen Schaden ersetzen, welcher durch die Fortsetzung seiner Thätigkeit erwächst. In Betreff des Honorars gilt dann, wenn dieses als ein Aversionale beendet worden das eben (§ 54) Gesagte. War dagegen auf die gesetzliche Taxe contrahirt, so muß unterschieden werden: a) der Mandant will den Rechtsstreit fallen lassen oder er hat sich verglichen; dann bekommt der Sachwalt nur seine bis dahin erwachsene Rechnung bezahlt. Dies ist als stillschweigende Meinung der Contrahenten anzusehen und überdies wäre ein Plus nicht einmal liquidabel. Wenn aber b) der Mandant ohne rechtliche Veranlassung (§ 56 Nr. 4) seinen Sachwalt entläßt, um die Fortsetzung einem andern Sachwalt zu übertragen, so behält der entlassene Sachwalt einen Anspruch auf den Betrag des Honorars, das sein Nachfolger aus der Sache zu fordern hat; freilich mit der Beschränkung, — wenn er nicht inzwischen durch anderweitige Geschäfte vollständig entschädigt ist[2]).

§ 56.

Das Verhältniß endigt:

---

1) Daran wird auch in der Praxis von Niemandem gezweifelt. Das Opus ist in diesem Falle in eine Menge kleiner Opera getheilt, von denen jedes mit seiner besonderen Merces bezahlt werden soll.

2) Den Beweis dieser Einrede hat der Mandant zu führen.

1. mit der **Durchführung** des Processes oder **sonstiger Erledigung des Rechtsstreits**.

2. Durch den **Tod des Sachwalts**. Die Erben desselben erhalten neben dem baaren Verlage das bis dahin verdiente Honorar. War aber ein rundes Honorar verabredet: so bekommen die Erben dasselbe ganz, dürfen es also auch ganz behalten, wenn es pränumerirt war[1]). Von solchem pränumerirten Honorar zu unterscheiden sind die geleisteten **Vorschüsse**. Diese sind nach der Absicht der Contrahenten regelmäßig einfache, zum Zweck künftiger Compensation gegebene, **Darlehen**[2]). Da sie mit der Absicht gegeben werden, um demnächst auf die Advocaturrechnung in An= und Abrechnung gebracht zu werden, so müssen die Erben des Advocaten Liquidation zulegen[3]) und den Vorschuß, soweit er die taxmäßige Advocaturrechnung übersteigt, zurückgeben[4]). — Stirbt der Client, so erlischt damit das obligatorische Verhältniß zum Sachwalt nicht[5]). Der letztere bleibt verpflichtet, auf Verlangen der Erben, den Proceß fortzuführen. Er hat sie von der Exi=

1) Auf diesen Fall bezieht sich die cit. l. 13 D. d. extraord. cogn. (50, 13). Vgl. oben S. 238 Note 5.

2) An den Vorschüssen erwirbt der Advocat also Eigenthum. Ihre Consumption kann also nie als Verbrauch **fremder**, oder gar **anvertrauter** Gelder angesehen werden. Depositum ist der Vorschuß nur, wenn dies ausdrücklich gesagt worden, und dann auch nur depositum irregulare, — ut tantundem redderetur.

3) Das heißt Rechnung ablegen.

4) Die Klagen auf Restitution des Plus ist die Condictio ex mutuo oder actio depositi Vgl. Note 2). Säumt der Sachwalt mit der Liquidation, so können diese Klagen ohne Weiteres auf den **ganzen** Vorschuß angestellt, und dadurch der Advocat gezwungen werden, mit der schuldigen Liquidation in Form der Compensationseinrede hervorzugehen.

5) In diesem Puncte unterscheidet sich daher die hier vorgetragene Theorie wesentlich von der gangbaren Auffassung des Verhältnisses als eines Mandats.

stenz des obschwebenden Processes zu benachrichtigen, über den Stand der Sache Bericht zu geben, und weitere Schritte (außer den absolut nothwendigen) so lange zu beanstanden, bis er von ihnen zur Fortsetzung des Processes aufgefordert wird, jedoch dabei den präsumptiven Willen der Erben zu berücksichtigen und inzwischen das Interesse derselben allen Fleißes zu wahren.

3. Durch eintretende absolute und dauernde Unfähigkeit des Sachwalts[1]). Letzterer bekommt hier nie mehr, als den Betrag seiner bisherigen Advocaturrechnung[2]).

4. Durch Ausübung des Rechtes, einseitig vom Contract zurückzutreten. Das Recht hat

a. Der Client wegen eintretender Krankheit des Advocaten, welche ihn, wenn auch nur temporär, verhindert, seine Advocatur gehörig zu betreiben, und wegen einer durch das längere Belassen der Sache in den Händen des Advocaten entstehenden Gefahr. Aus dem letzteren Grunde kann er zurücktreten wegen Prävarication des Sachwalts oder Nachlässigkeit desselben im Betriebe der Sache, wegen Trunkfälligkeit oder liederlichen Lebenswandels desselben.

b. Der Advocat: wenn der Client zwei Mal die ihm zugestellte (sei es von ihm approbirte oder gerichtlich moderirte) Rechnung unbezahlt gelassen hat[3]), wenn der Client den Advo-

---

1) Z. B. Wahnsinn oder Remotion von der Praxis.

2) Denn die cit. l. 1. § 13. D. d. extraord. cognit. (50, 13) kommt hier nicht zur Anwendung. Im Falle der Beredung eines Aversionale wird der Betrag, den der Advocat für seine bisherige Mühwaltung erhält, arbitrio judicis festgestellt. Hat der Advocat seine eingetretene Unfähigkeit, z. B. Remotion von der Praxis selbst verschuldet, so muß er dem Clienten das Interesse d. h. die durch die Bestellung, Instruction und Legitimation des neuen Sachwalter erwachsenen Kosten ersetzen.

3) Nicht bestellter Vorschuß giebt ihm kein Rücktrittsrecht. Denn der Client ist überhaupt nur zur Bestellung eines Vorschusses verbunden, wenn dies ausgemacht ist. Es ist indessen, wenn die Beredung Statt gefunden und der Advocat vor Empfang des Vorschusses dennoch

caten fortgesetzt in einer Weise belästigt, welche diesem zu ertragen billig nicht zu zumuthen ist, wenn der Advocat erkrankt und dadurch die Fortsetzung der Arbeit ausgeschlossen wird, — endlich, wenn über das Vermögen des Clienten der Concurs eröffnet wird.

In allen diesen Fällen bekommt der Advocat seine bisherige Rechnung bezahlt, kann aber noch Entschädigung verlangen, wenn er durch Verschulden des Clienten genöthigt worden ist, das Verhältniß einseitig aufzuheben, wie er auch im umgekehrten Falle verpflichtet ist, den Clienten zu entschädigen.

§ 57.

Dem Vertrage zwischen dem Advocaten und Clienten wird zuweilen ein pactum de quota litis, wodurch sich der Erstere statt des Honorars einen Theil des Streitgegenstandes ausbedingt, ferner die Zusicherung einer Extra-Remuneration für den Fall des Sieges (palmarium victoriae) hinzugefügt. Ersteres ist null[1]), letztere erzeugt nur eine Naturalobligation[2]) und bedarf, um klagbar zu sein, der Bestätigung nach beendetem Processe[3]).

BB. Das negative Opus. Custodia.

§ 58.

Um ein rein negatives Arbeitsresultat handelt es sich beim Aufbewahrungscontract. Hat Jemand die Aufbewahrung einer Sache für Geld übernommen, so haftet er schlecht-

die Arbeit begonnen hat, nicht ein Verzicht desselben auf den Vorschuß anzunehmen. Er kann also, wenn dieser nicht erfolgt, seine Arbeit wieder einstellen.

1) L. 5. C. d. postulat. (2, 6).

2) C. G. O. v. 1555. I. 46. § 1.

3) Auch in diesem Falle hat der Client noch ein Recht auf richterliche Ermäßigung. L. 1. § 12. D. d. extraord. cogn. (50, 13). Wetzell a. a. O. § 8. Note 45.



weg dafür, daß die Sache nicht abhanden komme [1]). Für Beschädigungen durch Dritte hat er nicht aufzukommen, ausgenommen, wenn er den drohenden Schaden abwenden konnte; ferner, wenn er einen Wächter bestellte und dieser die Sache beschädigte [2]). Die gewerbsmäßige Annahme von Geldern zur Aufbewahrung macht den Vertrag zu einem Handelsgeschäft und unterwirft ihn den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches [3]).

II. Modificationen und Combinationen.

A. Der Lehrcontract.

§ 59.

Der Lehrcontract im eigentlichen und engeren Sinne [4]) ist eine Combination der loc. operarum und operis, und daher keins von beiden, also ein besonderer und eigenthümlicher

---

1) L. 40. D. loc. cond. (19, 2): Qui mercedem accepit pro custodia alicujus rei, is hujus periculum custodiae praestat. Für vis major hat er nicht einzustehen. Soll er auch für die Erhaltung der Integrität der Sache einstehen, so muß dies besonders ausgemacht sein. Dies kann aber stillschweigend geschehen. So, wenn man einem Gärtner Blumen übergiebt oder Pelzwerk einem Pelzer. Der Gärtner hat die Blumen zu begießen; der Pelzer dafür zu sorgen, daß keine Motten in den Pelz kommen.

2) L. 41. eod: — sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse, Inlianus ait; qua enim custodia consequi potuit, ne damnum injuria ab alio dari possit? Sed Marcellus: interdum agi posse, ait, sive custodire potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit, quae sententia Marcelli probanda est. Daß unter „custos" nicht der Conductor operis zu verstehen ist, geht daraus hervor, daß die Stelle überhaupt von dem damnum ab alio dato redet. Westphal a. a. O. § 939 will den Conductor auch hier nur für culpa in eligendo verantwortlich machen, was jedoch eine unzulässige Restriction der klaren Gesetzesworte ist. Die unbedingte Haftung für den Substituten läßt sich sehr wohl darauf stützen, daß dieser Aufbewahrungscontract stets ein stillschweigendes Verbot der Substitution enthält.

3) HGB. Art. 272 Nr. 2.

4) Vgl. oben § 48.

Contract. Der Lehrling gehört zum Hülfspersonal des Gewerbtreibenden; er bildet insofern nur eine Art von Gehülfen und unterscheidet sich von diesem nur durch den Zweck, zu welchem er bei einem Gewerbtreibenden in Arbeit tritt. Andrerseits übernimmt aber dieser es auch, ihn in seinem Gewerbe zu unterrichten [1]). Dieser Lehrcontract wird nach Analogie der loc. cond. operarum und respective operis behandelt, und nach specieller gesetzlicher Vorschrift normirt lediglich diese Analogie für Lehrlinge der Kaufleute und Apotheker. Dagegen giebt es für die Lehrlinge der Handwerker und Fabricanten besondere Rechtsvorschriften [2]), neben welchen jene Analogie also nur subsidiär zur Anwendung kommt [3]).

B. Der Hauslehrercontract [4]).

§ 60.

Diesem Vertrage ist die Verpflichtung des Conductors

1) Es kommt nicht selten vor, daß Jemand als einfacher Arbeiter bei einem Gewerbtreibenden eintritt, um durch eigne Beobachtung und Uebung das Geschäft zu erlernen, z. B. als Brauknecht in eine Bierbrauerei. Hier fehlt es an einem Essentiale des Lehrcontracts und das Verhältniß ist loc. operarum oder Dienstbotenverhältniß.

2) Deutsche Gewerbeordnung § 115—126. Die Bestimmungen sind theils staatsrechtlicher theils privatrechtlicher Natur.

3) Man muß übrigens zwei Arten von Verträgen wohl unterscheiden: 1) Jemand wird (von dem Inhaber der väterlichen Gewalt 2c. 2c.) in die Lehre gegeben; 2) Jemand tritt in die Lehre. Der erstere Vertrag ist kein Lehrcontract. Ulpian in l. 13. § 4. D. loc. cond. (19, 2) denkt an den Fall ad. 1: — ex locato esse actionem patri ejus. Soll der Lehrling beim Lehrherrn seinen dauernden Aufenthalt nehmen, so kommen für ihn auch die unten im § 60 erwähnten Rechtsbestimmungen zur Anwendung.

4) Wenn der Hauslehrer auf unbestimmte Zeit angenommen ist, also auf Kündigung steht, so ist aus diesem Grunde der Vertrag nicht loc. operarum, weil er beim Unterricht eine vollkommen selbständige Stellung hat. Andrerseits kann man auch nicht sagen, daß die locatio operis deshalb ausgeschlossen sei, weil das Opus hier ein indefinitum sei (§ 13). Letzteres ist nämlich nicht der Fall. Das Opus wird durch

wesentlich, beim Locator (Principal) seinen dauernden Aufenthalt zu nehmen, und die Verpflichtung des Letzteren, für die Dauer des Verhältnisses dem Hauslehrer freie Station zu gewähren[1]), d. h. Wohnung mit Bett, Beköstigung und die gewöhnliche häusliche Bedienung. Als Hausgenosse unterwirft sich ferner der Hauslehrer der bestehenden Hausordnung[2]) des Principals, und diese entscheidet insbesondere über Zahl und Zeit der Mahlzeiten. Als stillschweigende Meinung der Contrahenten ist anzunehmen, daß dem Hauslehrer die üblichen Ferien zu Gute kommen. Das Verhältniß kann einseitig aus denselben Gründen aufgehoben werden wie andere Dienstverträge, welche eine Hausgenossenschaft des einen Contrahenten mit dem Andern begründen[3]). Dieselben Folgen, welche bei andern solchen Verträgen die Nichtgewährung einer gehörigen Beköstigung hat, hat hier auch die Nichtgewährung einer gehörigen Wohnung und Bedienung. Nach der Natur des Verhältnisses darf als stillschweigender Wille vernünftiger Contrahenten angenommen werden, daß bei eingerissenem Zerwürfnisse derselben mit einander jeder Theil berechtigt sein solle, das Verhältniß aufzuheben[4]). Ob die Feindschaft den Grad habe, daß es keinem der Contrahenten billig zugemuthet werden könne, ferner mit dem andern in derselben Häuslichkeit zu leben und mit einander zu verkehren, entscheidet das richter-

---

die bestimmten Kündigungsfristen ein definitum. Gilt z. B. vierteljährige Kündigung, so ist der Hauslehrer fest auf ein halbes Jahr engagirt, und, wenn nach Ablauf desselben das Verhältniß nicht aufgelöst wird, so ist er wieder auf ein halbes Jahr engagirt, und so fort.

1) Insoweit fällt der Vertrag mit dem Gesindevertrag zusammen. Dankwardt a. a. O. § 10. c. d. e.

2) Auch in dieser Beziehung hat der Hauslehrer dieselbe rechtliche Stellung, wie der Dienstbote. Dankwardt a. a. O. §. 23.

3) Es normiren also auch hier die gesindlerechtlichen Bestimmungen Dankwardt, a. a. O. § 30.

4) Die Analogie des Mandats ist hier nicht zutreffend.

liche Ermessen. Sowohl dem Hauslehrer als dem Principal kann dabei noch ein Anspruch auf das Interesse zustehen. Der das Verhältniß aufhebende Contrahent kann von dem andern Schadensersatz verlangen, wenn der Letztere durch sein Betragen das Zerwürfniß hervorgerufen hat.

C. Der Verlagscontract.

§ 61.

Der Verlagscontract ist derjenige Vertrag, durch welchen der eine Contrahent — der sog. Verleger[1]) — sich verpflichtet ein Manuscript zu drucken oder drucken zu lassen[2]), zu veröffentlichen d. h. das Erscheinen des Werkes unter seiner Firma öffentlich anzuzeigen, und das Werk zu verbreiten[3]) d. h. die erfolgenden Bestellungen zu effectuiren, der andere Contrahent (der Autor) ihm dagegen das Eigenthum der Exemplare überweist. Daß dem Autor vom Verleger ein Honorar versprochen wird, ist regelmäßig aber nicht wesentlich. Liegt der Fall vor: so ist die juristische Auffassung diese, daß der Autor dem Verleger die vertragsmäßigen Exemplare verkauft, von dem Kaufpreise einen Theil in dem beredeten Honorar bekommt, und das Uebrige dem Verleger als Aequivalent für seine Unkosten und Mühwaltung überläßt[4]). Der Autor wird durch den Verlags-

---

1) Wegen dieses Verlags, den er machen muß und nicht ersetzt bekommt, heißt er eben „Verleger".

2) Darnach fällt der Vertrag entweder unter den Gesichtspunct der loc. operis oder der Entreprise. Ersteres nur dann, wenn er selbst Buchdrucker ist. Ist er nicht Buchdrucker, sondern Buchdruckerei-Besitzer, so cessirt wieder die loc. operis. Vgl. oben § 4.

3) Denn daran hat grade der Autor ein ganz besonderes Interesse.

4) Damit ist aber keineswegs der ganze Vertrag für Kauf erklärt. — Von dem Verlagscontract sind übrigens zwei andere Verträge wohl zu unterscheiden: 1) der reine Verkauf des Manuscripts; 2) der Auftrag, das Werk für Rechnung des Autors zu drucken oder drucken zu lassen, und dann gegen eine bestimmte Provision in Verkaufscommission zu nehmen. — Verlagsgeschäfte sowohl, als die ebengenannten,

contract nicht gebunden, sein Werk ohne Einwilligung des Verlegers nicht in zweiter veränderter oder vermehrter Auflage erscheinen zu lassen; es muß jedoch als stillschweigende Meinung der Contrahenten angenommen werden, daß er eine arbitrio boni viri zu bestimmende Frist zum Absatz der ersten Auflage verstreichen lassen muß, ehe er zur zweiten Auflage schreiten darf.

---

wenn sie vom Buchhändler d. h. gewerbsmäßig, betrieben werden sind Handelsgeschäfte. HGB. Art. 272. Nr. 5.

VIII.

Zwei Rechtsfälle,

als Beitrag zur Lehre von der Nichtigkeit der Verträge wegen Unmöglichkeit der übernommenen Leistung und von der culpa in contrahendo mitgetheilt

von

Herrn Oberapellationsrath **Dr. Zimmermann** in Lübeck.

I. Fall

Imhorst Schmidt & Luhmann wider den Norddeutschen Lloyd.

Das Handlungshaus Imhorst Schmidt & Luhmann zu Bremen schloß im Februar 1864 einen Frachtcontract mit dem Norddeutschen Lloyd, wodurch letzterer nach der Auffassung der Befrachter es übernahm, eine Partie Tabacke und Tabacksstengel über Hull nach Kopenhagen zu befördern, indem dieselben mit einem Lloyddampfer bis Hull gehen und dort in einen Dampfer von N. Veltmann & Co., welcher zugleich der Agent des Lloyd in Hull ist, übergeladen werden sollten, um nach Kopenhagen zu gelangen. In England ist die Einfuhr und Durchfuhr von Tabacksstengeln verboten. Trotzdem gelangte eine erste Sendung, welche in Hull nicht bemerkt wurde, glücklich nach Kopenhagen. Die zweite Sendung aber wurde in Hull confiscirt und trotz aller aufgewendeten Mühe nicht wieder herausgegeben.

Die Absender machten den Lloyd für diesen Schaden verantwortlich und erhoben am 27. October 1864 beim Handelsgerichte Klage wider die Direction des Lloyd. Sie begründeten ihren Anspruch damit: Beklagter hätte, ohne daß Kläger hievon gewußt, eine (wenigstens rechtlich oder moralisch) unmögliche Leistung übernommen, er müßte wenn auch nicht den Contract erfüllen, so doch den Schaden ersetzen, jedenfalls wenn er die Unmöglichkeit gekannt hätte, was von den Klägern behauptet wurde. Eventuell müsse Beklagter für seinen Huller Agenten haften, welcher die Waare wissentlich falsch (als unbearbeiteten Taback ohne Stengel — So verstehen Kläger den gebrauchten Ausdruck „unmanufactured unstemmed tobacco —) declarirt und dadurch die Freigebung derselben, die bei richtiger Declaration erfolgt sein würde, vereitelt habe.

Das Handelsgericht wies (Erk. 19. Decbr. 1864) die Klage ab, weil der unter allen Umständen nichtige Vertrag über eine unmögliche Leistung auf keiner Seite eine Verbindlichkeit begründe und Beklagter für N. Veltmann & Co. nicht hafte. Kläger appellirten. Das Obergericht (Erk. vom 22. April 1865) bestätigte indessen das handelsgerichtliche Urtheil, indem es ebenfalls eine Haftung des Beklagten für Veltmann nicht annahm und (auf Grund früherer Entscheidungen des Oberappellationsgerichts) den Vertrag selbst zwar für rechtsbeständig erklärte, die eingetretene Confiscation der Waare aber einem casus zuschrieb.

Kläger appellirten weiter an das Ober-Appellationsgericht zu Lübeck und beschwerten sich, wie bereits in voriger Instanz, darüber, weil durch das Erkenntniß die Klage abgewiesen und nicht vielmehr für begründet und vorbehältlich der Nachweisung des Schadens liquid erachtet und hinsichtlich des Schadens auf Beweis erkannt sei; weil nicht wenigstens den Klägern der Beweis nachgelassen worden, daß die Direction des Norddeutschen

Lloyd oder N. Veltmann & Co., oder wenigstens der Beweis, daß die Direction des Norddeutschen Lloyd das fragliche englische Verbot der Einfuhr- und Durchfuhr von Tabacksstengeln zur Zeit der Absendung der Waare, eventuell zur Zeit des Contractsabschlusses gekannt haben; weil nicht wenigstens den Klägern der Beweis nachgelassen sei, daß bei richtiger Declaration der fraglichen Tabacksstengel dieselben von den englischen Behörden wieder freigegeben sein würden und event. daß die falsche Declaration die Folge eines Verschuldens von N. Veltmann & Co. gewesen. Einige eventuelle Beschwerden kommen nach dermaliger Lage der Sache nicht mehr in Betracht.

Nach erstatteter Appellations-Vernehmlassung wurde die Sache in 3. Instanz zur Relation verstellt. Referent und Correferent faßten den Vertrag übereinstimmend dahin auf: Beklagter habe sich verpflichtet, die Tabacksstengel (via Hull) nach Kopenhagen zu befördern, und hieraus folge:

a) daß er seiner Verpflichtung nicht schon durch Ablieferung derselben an N. Veltmann & Co. in Hull genügte und daß es daher, falls er für die Confiscation aufzukommen hat, ihn nicht liberiren kann, wenn die Tabacksstengel auch erst auf dem Veltmannschen Dampfer nach schon geschehener Ueberladung confiscirt sein sollten und nicht auf dem Lloyd-Dampfer;

b) daß der Beklagte für N. Veltmann & Co. in Hull haftet, also ein etwaiges Verschulden desselben in Betreff der Ausführung des Transports zu vertreten hat, und

c) daß es sich um eine Waarenversendung von Bremen aus mit dem Bestimmungsorte Kopenhagen handelt.

Auf dieser Grundlage beantragte Referent der Beschwerde der Kläger zu entsprechen und den Beklagten zum Schadensersatze salv. liq. zu verurtheilen, ohne daß es eines näheren Eingehens auf die Behauptung des Beklagten, der Vertrag sei wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig gewesen, bedürfe. Ist

— das war seine Meinung — davon auszugehen, daß eine Waarenversendung von Bremen nach Kopenhagen zur Frage steht, deren Ausführung dem Beklagten contractlich oblag, so hatten, angehend die Zollgesetze, Kläger als Befrachter lediglich die Gesetze zu berücksichtigen, welche die Einfuhr der Waaren in den Bestimmungshafen (Kopenhagen) betreffen. Verabsäumten sie in dieser Beziehung etwas, so machten sie sich verantwortlich und wenn infolge ihrer negligentia, eine Confiscation der Waaren eintrat, so wurden sie dadurch nicht von der Zahlung der Fracht frei.

Vgl. jetzt D.H.G.B. Art. 564.

Auf der anderen Seite ist der Verfrachter verpflichtet, für den Verlust und die Beschädigung der Güter bis zur Ablieferung aufzukommen, wenn ihn nicht ein Casus hievon befreiet. Für einen solchen casus kann jedoch nicht erachtet werden, daß der Transport, den der Verfrachter übernommen hat, in der von ihm intendirten Weise ohne Gefährdung der Güter nicht ausführbar ist. Denn der Verfrachter, welcher einen bestimmten Transport durch den Frachtcontract zusichert, läßt es an der gehörigen diligentia bei Abschluß des Contracts seinerseits ermangeln, wenn er contrahirt, ohne die gesetzlichen Vorschriften, die während des Transports selbst in Betracht kommen, zu kennen und zu beachten. Durch den Abschluß des Frachtcontracts garantirt er dem Befrachter, daß der Transport selbst gesetzlich nicht behindert ist, mithin ist der Verlust der Güter, welcher infolge gesetzlicher Vorschrift eintritt, kein casueller, was die Relation dann noch näher begründete.

Correferent (der gegenwärtige Einsender) war zwar mit dem Antrage und dessen Begründung im Uebrigen einverstanden, glaubte aber doch zu diesem Resultate nicht gelangen zu können, ohne daß die erwähnte Einrede des Beklagten, auf deren Grund in erster Instanz dessen Freisprechung erfolgt

sei, einer eingehenden Erörterung unterzogen werde, da, um die Grundsätze vom Frachtvertrag zur Anwendung bringen zu können, das Bestehen eines rechtsgültigen Vertrags vorausgesetzt werde. Ueber jene Einrede nun (auf welche übrigens auch schon die Relation eventuell eingegangen war) äußerte sich die Correlation folgendermaßen.

Bei der Frage nach der Nichtigkeit des Vertrags ist ein zweifaches Moment in Betracht zu ziehen.

A) Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit der übernommenen Leistung — vom Handelsgericht angenommen, vom Obergericht und Referenten verneint. — Die Parteien sind eigentlich über die Unmöglichkeit einverstanden — namentlich haben Kläger ihren Entschädigungsanspruch gerade hierauf (nach Maßgabe der Savigny'schen Theorie) gestützt. Dies hindert aber das Gericht nicht, die Frage, welche eine reine Rechtsfrage ist, einer selbstständigen Prüfung zu unterziehen. Ich stimme dem Referenten unbedenklich darin bei, daß

1) von einem pact. turpe schon deshalb nicht die Rede sein kann, weil Kläger zugestandenermaßen von dem Englischen Gesetze keine Kunde gehabt; desgleichen

2) daß die vom Beklagten übernommene Leistung keine faktisch unmögliche war. Der Erfolg bei der ersten Sendung hat dies bewiesen — endlich

3) daß von einer durch das Gesetz verbotenen Handlung nicht gesprochen werden kann, da hier nur das Bremische Gesetz in Betracht kommt, und dieses ein hier einschlagendes Verbot nicht enthält, namentlich der von den Klägern in Bezug genommene Vertrag vom 29. Sept. 1825 ein solches nicht enthält.

4) Sehr zweifelhaft bin ich dagegen darüber, ob die Leistung, zu der sich Beklagter verpflichtet hat, nicht in Folge des dieselbe verbietenden Englischen Gesetzes (wenigstens in dem

Falle, wo dieses Gesetz den Contrahenten beim Vertragsabschlusse unbekannt war) den Character einer unmoralischen Leistung angenommen hat und deshalb als eine rechtlich unmögliche zu behandeln ist:

L. 26. d. V. O.

L. 4. C. d. inutilib. stipul. (8, 39).

L. 15. d. condit. instit. (28, 7).

Ich bleibe allerdings bei der früheren Ansicht des Ob. App. Gerichts stehen, daß ein Vertrag, der die Umgehung ausländischer Zoll-Einfuhr- und dergleichen Gesetze bezweckt, darum noch nicht ohne Weiteres als ein unsittlicher Vertrag behandelt werden kann. Es ist aber ein anderes Ding, wenn 2 Personen wissentlich und geflissentlich zu einer solchen Umgehung sich vereinigen, und ein ganz anderes, wenn sie in Unkenntniß des bestehenden Verbots einen gewöhnlichen Frachtvertrag abschließen. Dort haben sie durch die That bekundet, daß sie in der fraglichen Beziehung kein allzufeines Gewissen haben; und wollte sich einer von ihnen später der Erfüllung unter dem Vorwande der Unsittlichkeit der Leistung entziehen, so läge darin nur eine neue Unsittlichkeit. Hat dagegen jemand, in Unkenntniß eines bestehenden derartigen Verbots, sich zu einer Leistung verpflichtet, die gar nicht anders, als mittelst Umgehung des fremden Gesetzes ausgeführt werden kann, so muß ihm meines Erachtens die Berufnng darauf gestattet werden, daß diese Handlung, seiner (gewiß nicht blos individuellen) Auffassung nach, eine unmoralische sei, die er niemals freiwillig übernommen haben würde. Es kommt dazu, daß im vorliegenden Falle nicht (wie dies beim Schmuggel häufig möglich) die Leistung dadurch ausgeführt werden konnte, daß das Schiff sich der Aufmerksamkeit der Englischen Zollbehörde entzog; sondern nur durch eine förmliche positive Täuschung derselben — eine falsche Deklaration. Ich glaube, daß die öffentliche

Meinung doch vielleicht zwischen beiden Arten des Schmuggels noch einen Unterschied macht; und halte es für unmöglich, daß ein Gericht jemanden, der sich zu einer derartigen Handlung nicht freiwillig und bewußtermaßen verbindlich gemacht hat, direkt oder indirekt zu deren Vornahme zwinge.

B) Nichtigkeit wegen eines bei dem Vertragsabschlusse vorgekommenen wesentlichen Irrthums. — Wenn damals beide Theile mit dem Englischen Gesetze unbekannt waren, und nur einen gewöhnlichen einfachen Frachtvertrag intendirten, so war ihre Absicht in der That auf Herstellung eines ganz anderen Rechtsverhältnisses gerichtet, als dasjenige war, welches in Folge des Vertrags wirklich zwischen ihnen zu Stande kam. Der Transport der Tabacksstengel konnte über Hull nur mittelst Durchschmuggelung, und diese nur durch eine falsche Deklaration ausgeführt werden. Diese Handlungen sind ohne Zweifel wesentlich andere, als diejenigen, zu denen durch den Vertrag der Beklagte sich selbst und die Kläger ihn verpflichten wollten. Ebenso ist das Risiko beider Theile ein wesentlich anderes als dasjenige, was sie mittelst des Frachtvertrags übernehmen wollten. Mit einem Worte: der Vertrag konnte nur dann von Bestand sein, wenn er als ein Schmuggelvertrag angesehen und zur Ausführung gebracht wurde. Auf einen solchen aber war die Absicht der Contrahenten gar nicht gerichtet. — Auch Referent nimmt arg. Art. 631 des Deutschen Handelsgesetzbuchs an, daß, wenn bei einem abgeschlossenen Frachtvertrage die Parteien hinterher die Existenz eines der Vollziehung entgegenstehenden Durchfuhrverbotes erfahren, einer jeden die Aufhebung des Vertrags ohne alle Entschädigung frei stehe. Ich weiß dies aber juristisch nicht anders zu begründen, als dadurch, daß von Anfang an der Vertrag ein ungültiger gewesen ist.

cf. L. 83. § 5. d. V. O.

Ich habe bis hierher nur die objektiven Voraussetzungen einer möglicherweise anzunehmenden Nichtigkeit des Vertrages behandelt und bin zu dem Resultate gelangt, daß dieselben in doppelter Richtung: — Unmöglichkeit der übernommenen Leistung und wesentlicher Irrthum — gegeben sind. Es fragt sich aber, ob die Nichtigkeit schon deshalb unbedingt und resp. mit voller Wirkung eintritt; und ob dieselbe nicht auch, und bezw. inwieweit sie durch das subjective Verhältniß der Contrahenten zur Sache bedingt ist resp. in ihren Folgen modificirt wird. Die hier als einflußreich in Betracht zu ziehenden Momente sind, vor allen Dingen:

1) Scientia — Kenntniß des Englischen Gesetzes auf einer oder der anderen Seite bei Abschluß des Vertrages bzw. zur Zeit, wo es dem Beklagten zum Bewußtsein kam, daß sich unter der zu verschiffenden Waare Tabacksstengel befanden. — Daß eine Scientia der Kläger nicht vorhanden war, steht fest. Es kann sich daher nur um den Einfluß einer solchen auf Seiten des Beklagten handeln. Ich habe m. E. keinen Zweifel darüber, daß wenn dieser zu der betreffenden Zeit das Englische Gesetz wirklich gekannt hat, von einer Nichtigkeit nicht die Rede sein kann, vielmehr ein vollkommen gültiger Vertrag zu Stande gekommen ist. Beklagter, der das Hinderniß kannte, und sich gleichwohl zur Leistung verpflichtete, hat es eben damit unternommen, diese Leistung trotz des entgegenstehenden Hindernisses, auszuführen oder eventuell Ersatz des Interesses zu gewähren; und auf eben diese Alternative war der animus der Kläger gerichtet. Daß sie das Hinderniß nicht kannten, macht in ihrer schließlichen Intention keinen Unterschied. Oder anders ausgedrückt: Beklagter kann sich der Erfüllung der formell von ihm übernommenen Verbindlichkeit weder durch das Berufen auf einen bei ihm gar nicht vorhandenen Irrthum, noch auf die Unmöglichkeit der

Leistung berufen, da diese keine absolute, sondern nur eine aus einem an sich vollkommen berechtigten moralischen Gefühle abzuleitende ist; die Berufung des Beklagten auf ein solches aber mit der wissentlichen Uebernahme der bedenklichen Verpflichtung im Widerspruche stehen würde. — Ich würde übrigens, auch abgesehen von dieser Eigenthümlichkeit des vorliegenden Falles, und bei absoluter Unmöglichkeit der übernommenen Leistung ohne großes Bedenken annehmen, daß derjenige, welcher wissentlich eine solche Leistung versprach, dem unwissenden Promissar für das volle (nicht blos das s. g. negative) Interesse haftet, und nur dem Promissar es frei steht, den Vertrag als einen für ihn nicht verbindlichen zu behandeln. Und zwar komme ich zu diesem Resultate nicht mittelst einer actio doli, sondern indem ich annehme, daß ein wirklicher Vertrag — nur allerdings ein s. g. negotium claudicans — zu Stande gekommen ist. Das Nähere hierüber hiernächst unter 2. a. Ich würde hiernach, unter allen Umständen, jedenfalls der 2. Beschwerde insoweit entsprechen zu müssen glauben, als sie auf Nachlassung des Beweises der Kenntniß des fraglichen Englischen Gesetzes auf Seiten des Beklagten gerichtet ist. — Auf die Kenntniß von Veltmann & Co. kann es dagegen — da es sich hier um die Wissenschaft der Contrahenten bei Abschluß des Vertrags handelt — nicht ankommen. Anlangend die Zeit der Kenntniß, so kann nur die Zeit in Betracht kommen, wo Beklagter zugleich wußte daß Tabacksstengel bei der Sendung seien. Der spätste Moment ist der des Abganges des betreffenden Schiffes von Bremen.

2) Der wirklichen scientia muß aber m. E. auch der Fall gleich behandelt werden, wo der Promissar hätte wissen müssen, daß die von ihm übernommene Leistung eine un-

mögliche bezw. eine ganz andere sei, als diejenige, die er übernehmen wollte. — Ich construire mir die Sache so:

a) Zunächst in Beziehung auf unmögliche Leistungen. Ich bin der Ansicht, daß Savigny mit Recht zwischen der stipulatio und den bonae fidei-Verträgen unterscheidet. Dort kommt überall nur der in bestimmten Worten ausgedrückte Vertragswille in Betracht. Geht dieser auf ein non ens, so ist gar kein Vertrag da. Anders bei den bonae fidei Verträgen, wo es auf die materiellen Intentionen der Contrahenten ankommt. Hier verhält sich m. E. die Sache folgendermaßen: Irrthum wird nicht vermuthet. Wenn 2 Personen über eine unmögliche Leistung contrahirt haben, so wird bis auf Weiteres angenommen, daß sie beide die Unmöglichkeit gekannt, und eben deshalb weiter: daß sie überhaupt einen ernstlichen Vertragswillen nicht gehabt haben. An diesem fehlt es aber auch schon, wenn nur der Promissar die fragliche Wissenschaft hatte. Er kann dann gar nicht der Meinung gewesen sein, daß ihm eine reelle Leistung zugesagt sei. — Hiervon ist auch bei Interpretation der einschlagenden Römischen Stellen auszugehen. Die Aussprüche über Nichtigkeit des Vertrags beziehe ich im Zweifel immer auf den Fall wo beide Contrahenten oder jedenfalls doch derjenige dem die unmögliche Leistung zugesagt ist, Kenntniß von deren Unmöglichkeit hatte. — Am Leichtesten wird es nun vorkommen, daß diese Kenntniß auf Seiten des Promissars fehlt. Ihm wird auch regelmäßig aus dieser Nichtkenntniß ein Vorwurf nicht gemacht werden können, da er sich darauf verlassen darf, daß der Promittent sich darüber unterrichtet haben werde, ob er das, was er verspreche, auch leisten könne. — Auf Seiten des das Hinderniß nicht kennenden Promissars ist in diesem Falle nicht nur der ernste Vertragswille vorhanden, sondern es fehlt auch nicht an einem realen Objekte für denselben,

da, wenn auch nicht die Leistung selbst doch ein Ersatz des deshalbigen Interesses möglich und auf diesen, bei einem jeden Vertrag, der Wille des Promissars eventuell mit gerichtet ist. — Es kommt also nur noch darauf an, wie es im unterstellten Falle auf Seiten des **Promittenten** steht. — Kannte er die Unmöglichkeit und verpflichtete er sich dennoch dem unwissenden Promissar gegenüber, so muß auch auf seiner Seite der Vertragswille, und zwar in der Richtung angenommen werden, die beim Promissar nur eine eventuelle ist, beim Promittenten aber sofort zur principalen und einzigen wird. Es ist dann also in Wahrheit ein Vertrag zu Stande gekommen, dessen wirklicher Gegenstand aber nicht die unmögliche Leistung sondern gleich von vorne herein der Ersatz des Interesses bildet, welches der Promissar bei jener Leistung hatte. — Nun muß — wie bereits bemerkt — von der Annahme ausgegangen werden, daß bei einem Vertragsabschlusse beide Theile, oder jedenfalls wenigstens der Promittent die wahre Beschaffenheit des Vertragsobjekts — hier also die Unmöglichkeit der übernommenen Leistung — kennt. Ist diese Annahme in Betreff des Promissars beseitigt, indem, wie vorliegend durch Einverständniß der Parteien, dessen Unkenntniß von dem der Ausführung des Vertrags entgegenstehenden Hindernisse constatirt ist, so ist eben damit, bis auf Weiteres der Fall gegeben, wo der Promittent, dessen **Wissenschaft unterstellt wird**, auf das volle Interesse in Anspruch genommen werden kann. Es **wäre seine** Sache, durch Berufung auf seine Nichtkenntniß, die er jedenfalls zu entschuldigen und zu beweisen haben würde, sich von jenem Anspruche zu befreien. Hier tritt der Satz ein, den ich m. O. für einen durchgreifenden Grundsatz des Röm. Rechts halte: daß Niemand sich, um von einer Verbindlichkeit los zu kommen, auf sein eigenes Verschulden mithin auch nicht auf eine selbstverschuldete Unwissenheit berufen kann.

cf. Ob. App. Ger. Entscheidung Martens
c. Kopperhold p. 8.
arg. L. 19 § 1 locati

Mit andern Worten: Wer wissen mußte, der wird in Contraktsverhältnissen so angesehen und behandelt als hätte er wirklich gewußt. — Ist dagegen (um meine Theorie hier zu Ende zu bringen) die Unwissenheit auf Seiten des Promittenten besonderer ihm zu Statten kommender Verhältnisse wegen eine unverschuldete, so nehme ich Richtigkeit des Vertrags, ohne daß der Promittent für irgend ein Interesse haftbar gemacht werden könnte, an. Denn der beiderseitige anerkennungswerthe Wille ging auf etwas Nichtexistirendes, und der Promittent hat gar nicht die Absicht gehabt, kann auch nicht so behandelt werden, als habe er die Absicht gehabt, von vorne herein eine Verpflichtung zum Ersatz des Interesses, statt der unmöglichen Leistung, zu übernehmen. — Ich glaube in dieser meiner rechtlichen Auffassung Savigny sehr nahe zu stehen, während ich der Lehre von einer Verpflichtung zum Ersatze blos des s. g. negativen Schadens — d. h. des Schadens, den der Promissar dadurch erlitten, daß der von ihm vorausgesetzte Vertrag in Wahrheit nicht zu Stande gekommen — keinen Geschmack abzugewinnen vermag, möge dieselbe nun lediglich im Falle eines dolus oder einer diesem gleich zu stellenden culpa lata des Promittenten angenommen, oder aus einer culpa in contrahendo, oder aus der Unterstellung hergeleitet werden, daß in dem Versprechen einer Leistung zugleich die Uebernahme einer stillschweigenden Garantie für die Folgen des durch dieses Versprechen in dem Gegner erregten Vertrauens für das Zustandekommen des Vertrags zu finden sei.

Meine Ansicht auf den vorliegenden Fall angewandt führt zu dem Resultate, daß der Beklagte für vollen Schadensersatz

haftet, weil die Unkenntniß des betreffenden Englischen Gesetzes auf seiner Seite ohne ein Verschulden und zwar, wenn es darauf ankäme, ohne ein grobes Verschulden, nicht Statt finden konnte.

2) Aus demselben Grunde beseitigt sich auch die Frage, ob nicht wegen wesentlichen Irrthums eine Nichtigkeit des Vertrags anzunehmen sei. Auf den Irrthum des anderen Theils kann Beklagter sich überhaupt nicht berufen, sondern nur auf den eigenen, und auch auf diesen nicht, wenn dies Berufen, wie hier, darauf hinausläuft, sich durch die eigene culpa zu exculpiren.

Das Collegium trat dem übereinstimmenden Antrage der Referenten bei, beschloß aber — soviel die Motive anlangt — weder auf die principaliter vom Referenten vorgetragene Begründung sich zu beschränken noch eignete es sich die vom Correferenten ausgeführten Ansichten in ihrem vollen Umfange an, nahm vielmehr in dem fraglichen Punkte, unter Combination beider Voten, die folgenden Entscheidungsgründe an:

— — Nach dem Ausgeführten ergiebt sich, daß Beklagter sich durch den abgeschlossenen Frachtcontract verpflichtet hat, eine Quantität Taback und Tabacksstengel von Bremen via Hull nach Kopenhagen zu befördern.

1) Die Parteien sind nun darüber einig, daß dieser Vertrag, soweit er auf den Transport von Tabacksstengeln geht, eine rechtlich unmögliche Leistung zum Gegenstande habe, da die Durchfuhr von Tabacksstengeln in England bei Strafe der Confiscation gesetzlich verboten sei. Kläger stützen gerade auf diese ihnen unbekannt gewesene Unmöglichkeit ihren Entschädigungsanspruch, während Beklagter jede Verpflichtung aus dem Vertrage ablehnt, soweit er auf etwas Unmögliches gegangen, da derselbe insoweit gar nicht rechtlich zu Stande gekommen sei.

Diese wenn auch übereinstimmende Auffassung der Par-

teien entbindet den Richter nicht von der Verpflichtung zu untersuchen, ob dieselbe rechtlich begründet sei oder nicht. Es konnte aber der Gesichtspunkt, daß eine rechtlich unmögliche Leistung zur Frage stehe, nicht für zutreffend erachtet werden.

a) Von einem pactum turpe kann schon aus dem Grunde keine Rede sein, weil dasselbe ohne Bewußtsein der turpitudo nicht denkbar ist, die Kläger aber zugestandenermaaßen von dem englischen Durchfuhrverbote keine Kenntniß gehabt haben.

b) Eben so wenig liegt ein pactum contra legem vor. Denn Ausländer, welche mit einander einen Vertrag entgegen dem fremden Zollgesetze abschließen, übertreten ein sie bindendes Gesetz nicht, da das fremde Gesetz nur in dem Territorium gilt, für welches es erlassen worden, und die Ausländer nur ergreift, insoweit sie in ihren Rechtsverhältnissen sich der Jurisdiction des fremden Staats zu unterwerfen haben, der inländische Richter aber die verbietenden Gesetze des Auslandes als solche nicht zu befolgen hat. Es kommt allein das Bremische Gesetz in Betracht, welches ein hier einschlagendes Verbot nicht enthält, namentlich auch nicht der von Klägern in Bezug genommene Vertrag vom 29. September 1825.

c) Endlich sehen die Anschauungen des Verkehrslebens das gegen die ausländischen Zollgesetze gerichtete Contrahiren überhaupt nicht als eine Handlung an, welche contra bonos mores wäre. Es ist dieses bereits früher vom Ober-Appellationsgericht in den Sachen Wildtfanck c. Haase (Urtheil vom 12. December 1822) und Hoffmeister c. Beel (Urtheil vom 11. Mai 1829) näher nachgewiesen worden, und fehlt es der Behauptung der Kläger, die in der neueren Zeit in den Gesetzgebungen hervorgetretenen richtigeren Grundsätze über Ein- und Durchfuhr-Zölle hätten eine Aenderung in den Anschauungen der Verkehrtreibenden herbeigeführt, an einer stichhaltigen Begründung, abgesehen davon, daß sie sich auf diese Grundsätze

gegenüber der Tendenz des bezüglichen englischen Gesetzes schwerlich berufen durften.

Freilich hat die Ansicht, daß ein gegen die fremde Zollgesetzgebung abgeschlossener Vertrag ein pactum turpe sei, in neuerer Zeit gewichtige Vertreter gefunden, z. B.

Pfeiffer practische Ausführungen Bd. III Seite 83 flg. und Heffter Völkerrecht § 31 (welcher ein Urtheil des ehemaligen Revisions- und Cassationshofes zu Berlin anführt). Aber schon Duncker (Archiv für die civilistische Praxis Bd. XXI Seite 221) hat mit Grund darauf hingewiesen, daß der Begriff des inhonestum (quod contra bonos mores) nicht von einem Gebote der Gesetze abhänge; vieles gelte als inhonestum was erlaubt sei, und das gesetzlich Verbotene werde nicht schon darum, weil es verboten, inhonestum; nach allgemeiner Anschauung sei der Verkehr unter den Angehörigen verschiedener Staaten frei, das Verbot oder die Beschränkung desselben habe zwar für die Unterthanen der betreffenden Staaten verbindende Kraft, aber durch ein solches Gesetz bekomme die verbotene Handlung noch nicht den Character der Unsittlichkeit im Allgemeinen. Und wenn es auch richtig ist, daß der Begriff des sittlich Erlaubten oder Unerlaubten nicht auf das Gebiet eines bestimmten einzelnen Staats beschränkt werden kann und es demgemäß Handlungen geben wird, welche von allen civilisirten Nationen übereinstimmend als unsittliche angesehen werden, gleichviel ob sie durch die Gesetzgebungen für unerlaubt erklärt sind oder nicht; — so ist doch, gerade weil der Begriff des honestum von den Anschauungen eines einzelnen Volkes unabhängig ist, auch die Gesetzgebung eines einzelnen Staats nicht im Stande, eine an sich erlaubte Handlung durch ein Verbot in eine unsittliche zu verwandeln. Ob die Uebertretung eines derartigen ganz willkürlichen Verbots des fremden Staats durch die Ausländer als inhonesta zu erachten sei, darüber

entscheidet lediglich das sittliche Bewußtsein der mit dem verbietenden Staate in Verkehr tretenden Nationen. Dieses Bewußtsein wird erst dann der im Interesse des fremden Staats angeordneten Beschränkung den Character der Willkür nicht mehr beilegen, wenn, was hier zur Frage steht, die Anschauung, daß die Uebertretung der fremden Zollgesetze für etwas Unerlaubtes zu halten sei, bei den handeltreibenden Nationen durchgedrungen sein wird. So lange dieses nicht der Fall ist, muß die Concurrenz im Handelsverkehr und die Nothwendigkeit, sich von den Ausländern nicht übervortheilen zu lassen, dahin führen, sich über die fremden Zollgesetze hinwegzusetzen, weil die Ausländer in Beziehung auf die einheimischen Gesetze nicht anders verfahren. In dieser Lage befinden sich auch jetzt noch die einzelnen Nationen selbst in Europa und entspricht dem auch die Praxis der Gerichte. In England z. B. wird ein auf Contrebande in ein ausländisches Zollgebiet abzielender Vertrag nicht als ungültig angesehen, worauf schon in den oben angeführten Urtheilen des Ober-Appellationsgerichts hingewiesen ist, und ebenso steht in Frankreich die gerichtliche Praxis fest, daß die Contrebande in Bezug auf das Ausland ein erlaubter Gegenstand des Contracts sei.

Vgl. Delobre table gènèrale du journal de jurisprudence commerciale et maritime Seite 91 Nr. 70, S. 139 Nr. 354, S. 181. Nr. 593.

Und auch diese Auffassungen der Gerichte documentiren es hinlänglich, daß in der Handelswelt derartige Verträge nicht als contra bonos mores angehend angesehen werden.

2) Hieraus folgt, daß vorliegend ein Frachtcontract auch über Tabacksstengel rechtsgültig zu Stande gekommen ist. Dieser Vertrag aber hatte den Inhalt, daß Beklagter durch denselben versprach, die Tabacksstengel an die Ladungsempfänger in Kopenhagen abzuliefern. Da er dieser Verbindlichkeit

nicht nachgekommen ist, so muß er den Befrachtern das gesammte Interesse ersetzen, wenn er nicht beweisen kann, daß er durch einen Zufall verhindert worden, die übernommene Verbindlichkeit zu erfüllen. Als ein Zufall aber kann ein Ereigniß nicht aufgefaßt werden, welches nichts ist, als die gesetzliche Folge der vom Beklagten zugesicherten Handlung, mithin ist auch die Confiscation der zu transportirenden Waare kein Zufall, wenn dieselbe, wie hier, lediglich in Folge des Transports eintrat. Die Frage kann nur die sein, welchem von beiden Theilen es oblag, sich um die während des Transports in Betracht kommenden Zollgesetze zu bekümmern. Und wie es nicht zweifelhaft erscheint, daß Kläger als Befrachter die Gesetze zu berücksichtigen hatten, welche die Einfuhr der Waare in den Bestimmungshafen (Kopenhagen) betrafen, und sich verantwortlich machten, wenn sie in dieser Beziehung etwas verabsäumten;

— vgl. jetzt Deutsches Handelsgesetzbuch
Art. 564 —

ebenso war es die Pflicht des Beklagten als Verfrachters, die gesetzlichen Vorschriften zu beobachten, die während des Transports selbst in Betracht kamen,

— vgl. jetzt Deutsches Handelsgesetzbuch
Art. 482. —

und hat er für die nachtheiligen Folgen, welche seine ungenügende Bekanntschaft mit diesen Vorschriften herbeiführte, einzustehen. Denn der Verfrachter muß die während der Reise zu beachtenden, also auch die ausländischen den Seetransport betreffenden Gesetze kennen, da er sonst gar nicht im Stande ist, sein Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu betreiben. Auf eine ignorantia in dieser Beziehung kann daher, weil sie eine unentschuldbare sein würde, der Verfrachter zu seiner Rechtfertigung nicht Bezug nehmen. Und wie der Befrachter dem Verfrachter die Qualität der Waare anzeigen

muß, um den letzteren nicht unwissentlich zu einem Verstoße gegen die fremden Gesetze zu veranlassen, so ist der Verfrachter verpflichtet, allen aus der ungenügenden Befolgung solcher Gesetze entstehenden Schaden zu ersetzen, kann sich mithin nicht darauf berufen, daß er das Verbot welches die Confiscation herbeiführte, nicht gekannt, daß er also durch den Frachtcontrakt etwas übernommen habe, was er bei genügender Kenntniß der Gesetze nicht würde versprochen haben. Mußte hiernach der Beklagte wissen, daß der Transport der Tabacksstengel über Hull gesetzlich verboten war, so macht ihn sein Nichtwissen den Klägern verantwortlich, und es kann den letzteren nicht zum Nachtheile gereichen, daß sie die für die Zwischenstation Hull in Betracht kommenden Gesetze nicht kannten oder vorher erkundeten, da sie nicht eine Waarenversendung nach Hull, sondern nach Kopenhagen beabsichtigten.

Dazu kommt, daß Kläger ein Schiff direct nach Kopenhagen suchten und nur auf die sehr bestimmte und dringende Empfehlung der Beklagten sich zum Transporte über Hull entschlossen.

— vgl. [15] H.G.A. —

Sie mußten unter diesen Umständen um so mehr erwarten, daß sich die Direction des Lloyd mit allen auf die empfohlene Route sich beziehenden Gesetzen genau bekannt gemacht habe, als sie es mit einem großartigen Etablissement zu thun hatten, welches aus dem Seetransporte, insbesondere auch nach und über England, ein Gewerbe macht und gerade in Hull seine Agenten hatte, durch welche die Waare in Empfang genommen und weiter befördert werden sollte.

II. Fall

Vogel & Leisewitz wider den Norddeutschen Lloyd.

In diesem ähnlich liegenden Falle ist der Prozeß erst eröffnet worden, nachdem in der vorigen Sache in letzter Instanz das den Klägern günstige Erkenntniß ergangen war. Der Sachverhalt ist im Wesentlichen derselbe wie in dem Falle unter I. Eine kleine Abweichung in der processualischen Lage kommt für die hier interessirenden Fragen nicht in Betracht und wird sich aus den Urtheilen selbst zur Genüge ergeben.

Unter dem 27. Juni 1866 erhoben nämlich die gegenwärtigen Kläger: Vogeler & Leisewitz eine Klage gegen den norddeutschen Lloyd auf den in der Anlage 2 zu derselben näher specificirten Betrag ihres Schadens. Nur darin wich diese Klage von ihrer Vorgängerin ab, daß sie sich nicht, wie erstere, auf die Behauptung beschränkte, daß der Beklagte das Zollgesetz hätte kennen müssen, sondern die Behauptung hinzufügte, daß er es gekannt habe. Das Handelsgericht wies durch Urtheil vom 1. November 1866 die Klage ab, unter Verurtheilung der Kläger in die Kosten. Auf dagegen eingelegte Appellation erfolgte unter dem 2. März 1867 ein Urtheil des Obergerichts in Bremen, welches das Urtheil der vorigen Instanz nur für den Fall bestätigte, insofern nicht Kläger den Beweis führen würden „daß der Beklagte vor dem Abgange des Dampfbootes Schwan mit den fraglichen Stengeln gewußt habe, die Durchfuhr von Tabacksstengeln durch England sei nach englischen Gesetzen absolut untersagt“.

Gegen dieses Urtheil legten Kläger das Rechtsmittel der Appellation an das Oberappellationsgericht zu Lübeck ein. Nach hier verhandelter Sache erfolgte auf Antrag des Beklagten Actenversendung und ward die juristische Fakultät zu Gießen

zur Abgabe des Erkenntnisses aufgefordert. Deren (am 10. Sept. 1868 beim Ober-Appellationsgericht zu Lübeck eröffneter) Spruch fiel ebenfalls reformatorisch aus. Es wurde erkannt, daß Beklagter schuldig sei, den in der Anl. 2 der Klage libellirten Betrag für Tabacksstengel mit 1402 Mark 4 β und für Assekuranz mit 21 Mark 1 β Hamb. Bco. nebst 5 % Zinsen vom 27. Juni 1866 den Klägern zu entrichten, rücksichtlich des ebendaselbst libellirten Betrags für Zolldifferenz von 1369 Mark 6 β Klägern jedoch, Gegenbeweis für den Beklagten vorbehältlich, obliege zu beweisen:

> daß sie sich in dem über die qu. Tabackstengel abgeschlossenen Kaufcontract verpflichtet haben, dieselben vor dem 1. April 1864 nach Kopenhagen zu liefern.

Auch in den Motiven (wer weiß, daß damals Jhering, Mitglied der Fakultät war, wird über den Verfasser dieser Motive nicht in Zweifel sein) acceptirte die Fakultät vollständig — unter Hinzufügung einiger weiteren Ausführungen — die in den Entscheidungsgründen des Oberappellationsgerichts angenommenen Sätze. Nur hinsichtlich eines Punktes erachtete sie eine Berichtigung oder doch einen correcteren Ausdruck der dort ausgesprochenen Ansicht für erforderlich. Es ist dies der Punkt, worauf sich schon in jener Sache der theilweise Dissens des Correferenten bezogen hatte. Die betreffenden Ausführungen, die, wie es scheint, im Wesentlichen auf die oben unter I mitgetheilte Ansicht des damaligen Correferenten hinauslaufen, sind ihrem Wortlaute nach, folgende.

Wir haben ein möglichst getreues Bild des gesammten, in dieser interessanten Streitsache benutzten Argumentationsmaterials zu geben versucht — weniger weil wir desselben für die folgende Entwicklung benöthigt zu sein glaubten, als um an dem Eindruck, den dasselbe auf jeden Unbefangenen hervorbringen wird, zu zeigen, welch schwankenden Maßstab der

Entscheidung der Gesichtspunkt der culpa im vorliegenden Fall darbieten würde. Wäre er in Wirklichkeit der Zutreffende, wir würden zweifeln, ob wir nicht mit den Richtern, die vor uns ein Urtheil in dieser Sache gefällt haben, jede Schuld des Beklagten verneinen sollten. Denn wie kann man eine Schuld darin finden, daß Beklagter ein Gesetz nicht kannte, was in Bremen selbst demjenigen Theil des kaufmännischen Publikums, bei dem man am ersten eine Kenntniß desselben hätte voraussetzen dürfen, den Importeuren und Exporteuren von Taback, bis dahin völlig unbekannt geblieben war, und das selbst nicht einmal dem niederen Zollpersonal in England selber geläufig gewesen zu sein scheint? Im Sinne des römischen Rechts würde eine culpa hier schwerlich anzunehmen sein, denn

> si . . . eam diligentiam adhibuisset . . , quam debent homines frugi ac diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. l. 11 de peric. (18. 6) und Ea igitur quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. l. 14. de pign. act. (13. 7).

Jenes Zollgesetz war zudem ein so exorbitantes, widersinniges, daß dem Beklagten billigerweise daraus kein Vorwurf gemacht werden kann, daß er sich die Möglichkeit desselben nicht vergegenwärtigte und nicht vorher Erkundigungen darüber einzog. Und sodann: wie hätte er nur die Zeit gehabt, sie einzuziehen, da die Kläger selber auf möglichste Beschleunigung des Transportes drangen?

Kurz, wäre es der Gesichtspunkt der culpa, dem die Entscheidung des vorliegenden Falles entnommen werden müßte, wir würden im hohen Grade zweifelhaft sein, ob wir nicht mit den genannten beiden Dikasterien den Beklagten freisprechen sollten. Wir unsererseits glauben nun zwar die Verurtheilung desselben aus einem anderen Gesichtspunkt rechtfertigen zu kön-

nen, vermögen jedoch das Eingeständniß nicht zu unterdrücken, daß es in unseren Augen schwer ins Gewicht fällt, wenn zwei dem kaufmännischen Verkehr so nahe stehende Gerichte, wie das Handelsgericht und das Obergericht in Bremen, sich zweimal für die Freisprechung des Beklagten entschieden haben, und wenn sie den vom Oberappellationsgericht aufgestellten Rechtssatz, den wir nur in etwas anderer Weise zu begründen gedenken, für einen dem Frachtgeschäft höchst gefährlichen erklären. Gleichwohl dürfen wir keinen Anstand nehmen, uns zu einem Resultat zu bekennen, das uns als die unabweisliche Consequenz eines Grundsatzes erschienen ist, der, sowie er einerseits im positiven Recht seine äußere Anerkennung, so in zwingenden Verhältnissen des Verkehrslebens seine innere Rechtfertigung findet.

Der richtige juristische Ausdruck des Verhältnisses, oder der Frage, um die es sich im vorliegenden Fall handelt, ist der eines Irrthums über die Möglichkeit oder Ausführbarkeit eines geleisteten Versprechens. Beide Theile haben die Leistung, welche den Gegenstand ihres Vertrages bildete, für möglich gehalten, während es sich hinterher zeigte, daß dieselbe unausführbar war, und zwar ist sie es nicht erst geworden durch Ereignisse nach Abschluß des Vertrages, sondern sie war es schon im Moment des Vertrages. Die Entscheidungsnorm für den vorliegenden Fall wird demnach den Grundsätzen zu entnehmen sein, welche das gemeine Recht über die Folgen eines derartigen Irrthums aufstellt. Nun unterscheidet dasselbe bekanntlich zwischen zwei Fällen einer solchen anfänglichen Unmöglichkeit: der rein individuellen (der mangelnden facultas dandi, der difficultas praestandi der l. 55 de act. emt. u. der l. 137 § 4 de V. O.) und der objectiven oder absoluten (impedimentum naturale der l. 137 § 4 cit.). Die erstere übt auf die Wirksamkeit der Obligation gar keinen Einfluß aus, nur daß an die Stelle der realen Leistung das Erfüllungs-

interesse tritt. Die zweite dagegen schließt, wie die reale Leistung selber, so auch dieses Surrogat derselben aus. Damit aber verträgt sich sehr wohl ein Anspruch anderer Art. Der Abschluß des Vertrages kann nämlich für den Promissar nachtheilige Folgen herbeigeführt haben, indem z. B. der Käufer der **res extra commercium** im guten Glauben Auslagen auf dieselbe gemacht hat. Sollen diese nachtheiligen Folgen ihn treffen? Es hieße ihn für den Irrthum seines Gegners büßen lassen. Allerdings hat auch er selber sich geirrt, allein es war doch nicht seine Sache, die Möglichkeit einer ihm vom Verkäufer zugesicherten Leistung in Zweifel zu ziehen und zu prüfen, er konnte dies vielmehr letzterem überlassen, und wenn einer von beiden unter den Folgen dieses Irrthums zu leiden hat, so kann dies nur der Verkäufer sein.

Dies Gebot der Billigkeit ist denn auch vom römischen Recht anerkannt. Dasselbe spricht in einer Reihe von Stellen den Grundsatz aus, daß der Verkäufer, welcher eine **res extra commercium** oder eine nicht existirende Sache verkauft hat, dem Käufer für den Schaden, den derselbe durch den Abschluß des unausführbaren Vertrags erlitten hat, haften müsse, und zwar giebt es zu dem Zweck die Contraktsklage. Die Voraussetzung dieser Haftungspflicht ist nicht etwa der **dolus** oder die **culpa lata** des Verkäufers, wie ein neuerer Schriftsteller

Fr. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung, Braunschweig 1853. S. 109. S. 122 ff.

behauptet, die Quellen bieten dafür nicht den geringsten Anhaltspunkt; s. dagegen

Ihering, in den Jahrbüchern für Dogmatik. IV. S. 10 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 315. Note 7.

sondern die Voraussetzung ist lediglich der Abschluß des Vertrages. Wenn Ihering, der mit dieser letzteren Behauptung vollkommen übereinstimmt,

s. z. B. S. 14. 39 a. a. O.

gleichwohl den Versuch gemacht hat, die Haftung des Verkäufers auf eine culpa zurückzuführen (von ihm culpa in contrahendo genannt), so hat dieser Versuch lediglich den Zweck einer theoretischen Construction, deren Richtigkeit hier um so eher dahin gestellt bleiben möge, als ihr Urheber selber sich der Einsicht ihrer schwierigen Durchführbarkeit nicht verschlossen zu haben scheint,

s. z. B. S. 92 das. und die Schrift desselben Verfassers: das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867. S. 38. Note 73.

Für den vorliegenden Zweck genügt der praktische Rechtssatz, den jener Schriftsteller entwickelt hat, und dem sich auch

Windscheid a. a. O. § 315.

angeschlossen hat, daß nämlich die Folgen des Irrthums über die Möglichkeit der Leistung den Promittenten treffen, oder wie der letztgenannte Schriftsteller sich ausdrückt, daß „der Versprechende, mag er die Unmöglichkeit gekannt haben oder nicht, wenn der Empfänger des Versprechens sie nicht kannte und nicht zu kennen brauchte, demselben zum Ersatz des Nachtheils verbunden ist, welcher ihm daraus erwachsen ist, daß er sich auf das Zustandekommen eines gültigen Vertrages verlassen hat". Daß diese Unmöglichkeit nicht blos rechtlicher Art, (wovon allerdings die meisten Stellen sprechen) zu sein braucht, sondern auch faktischer Art sein kann, zeigt das Beispiel der sterilis ancilla in l. 21 pr. de act. emt. (19, 1).

Allerdings hat jüngst von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten I. § 109. (Aufl. 7).

indem er die Theorie von Ihering über die culpa in contrahendo adoptirte, auch für die praktische Anwendung derselben das Erforderniß der individuellen culpa aufgestellt; wir vermögen uns damit jedoch nicht einverstanden zu erklären.

Zunächst nämlich geben die Quellen dafür nicht den geringsten Anhaltspunkt, die betreffenden Stellen

§ 3. I. de emt. (3. 23)

l. 62. §. 1. de cont. emt. (18. 1)

l. 8. § 1. de relig. (11. 7)

l. 8, 9. de her. vend. (18. 4)

l. 21. pr. de act. emt. (19. 1).

stützen die Haftung des Verkäufers lediglich auf den Abschluß des Contrakts, ohne die leiseste Hindeutung auf eine dem Verkäufer zur Last fallende culpa zu enthalten, sie machen ihm also schlechthin zur Pflicht, für die Möglichkeit der Leistung einzustehen bez. bei Mangel derselben den Schaden zu ersetzen.

Der zweite Grund, den wir der Ansicht des oben genannten Rechtslehrers entgegensetzen müssen, besteht darin, daß auch bei der bloß individuellen Unmöglichkeit der Leistung die Haftungspflicht eine absolute, durch das Erforderniß der culpa nicht bedingte ist, — ein so bekannter Satz des römischen Rechts, daß die Verweisung auf

l. 34. de V. O. (45. 1) und

l. 9. pr. Loc. (19. 2)

genügen mag. Es ist aber schlechterdings nicht abzusehen, warum der Irrthum des Promittenten in Bezug auf die Möglichkeit der Leistung in dem Fall, wenn die Unmöglichkeit eine absolute ist, milder behandelt werden soll, als wenn sie eine relative ist, warum er dort nur haften soll, wenn ihm eine culpa zur Last fällt, hier auch abgesehen davon. Ob die Sache eine res extra commercium ist, ist für den Verkäufer regelmäßig um nichts leichter und um nichts schwerer zu constatiren, als ob sie eine res aliena ist, und der Gesichtspunkt, den Ulpian in der l. 1. §. 2. de aed. ed. (21. 2) für die schlechthinige Haftung des Verkäufers aus dem ädilitischen Edict geltend macht: nec interest emtoris, cur fallatur, ignorantia

venditoris an calliditate paßt für den einen Fall so gut wie für den andern. Das legislative Motiv jener Haftung liegt nicht in der Nachlässigkeit des Verkäufers, sondern in der billigen Rücksicht auf die Lage des Käufers; es ist die Erwägung, daß, wenn einer von beiden Theilen unter der Unkenntniß des Verkäufers leiden soll, letzterer näher dazu ist, als der Käufer — ipsi nocere, non mihi, wie l. 34. de V. O. sagt.

Die Stellen des römischen Rechts sprechen vom Kaufcontrakt, der gegenwärtige Rechtsstreit betrifft einen Frachtcontrakt; erleiden sie auf letzteren Anwendung? Wäre der Rechtssatz, den sie aussprechen, ein singulärer, oder wäre er aus der eigenthümlichen Natur oder dem eigenthümlichen Zweck des Kaufcontrakts abgeleitet, so würde man diese Frage verneinen müssen. In Wirklichkeit aber ist keins von beiden der Fall. Weit entfernt, eine positive Abweichung von einem allgemein wahren Rechtsprincip zu enthalten, enthält er nur die positive Anerkennung eines in der Idee der Billigkeit und dem Bedürfniß des Verkehrslebens tief begründeten Rechtsgrundsatzes, diese beiden Rücksichten aber, denen er seine Anerkennung verdankt, haben für den Pacht-, Mieth- und Tauschcontrakt ganz dieselbe Geltung wie für den Kaufcontrakt, nur daß allerdings die Anwendungsfälle bei letzterem häufiger und leichter vorkommen, als bei jenen, worin der Grund liegen mag, daß unsere Quellen ihn nur in der letzteren Richtung erwähnt haben. Daß er aber auch bei dem erstgenannten Vertragsverhältniß Anwendung finden kann, zeigt der gegenwärtige Fall.

Die Unausführbarkeit der in der vorliegenden Rechtssache zugesicherten Leistung beruhte auf dem englischen Zollgesetz. Würde ein auswärtiges Gesetz für den einheimischen Richter ganz dieselbe Bedeutung haben, wie das einheimische, so hätte der in Rede stehende Vertrag etwas rechtlich Unmögliches oder doch rechtlich Verbotenes zum Gegenstand gehabt und wäre

aus diesem Grunde nichtig gewesen. Diese Auffassung ist jedoch durch das Oberappellationsgericht bereits zur Genüge widerlegt worden. Im vorliegenden Fall hatte das englische Zollgesetz lediglich die Bedeutung eines faktischen Hindernisses; das Hinderniß lag nicht in der rechtlichen Verbindungskraft des Gesetzes, sondern in seiner voraussichtlichen äußeren Realisirung gegen denjenigen, der es zu übertreten versuchte. Diese Verwirklichung kann jedoch, wie gerade der gegenwärtige Fall gezeigt hat, im einzelnen Fall unterbleiben, und in so fern kann man hier nicht von einer faktischen Unmöglichkeit sprechen. Allein der Regel nach darf und muß man voraussetzen, daß die Gesetze zur Anwendung gelangen, und wir werden daher das englische Zollgesetz als ein Hinderniß bezeichnen dürfen, welches nach dem gewöhnlichen Gang der Dinge die vom Beklagten übernommene Leistung zu einer unausführbaren machte.

Hat nun der conductor operis im Falle der Unausführbarkeit des ihm übertragenen opus schlechthin dem locator für den Schaden einzustehen? Gewiß nicht! Hat der locator selber den Plan der Ausführung des opus vorgeschrieben, so sind dem conductor die Hände gebunden; ihn trifft keine Verantwortlichkeit für den Plan, sondern lediglich für die Ausführung; war also der Plan ein unausführbarer, so hat der conductor den etwaigen Schaden sich selber zuzuschreiben. Ganz anders aber, wenn dem conductor in Bezug auf die Beschaffung des opus die Selbstständigkeit des eigenen Urtheils eingeräumt wird. Hier ist es seine Sache, sich im Voraus der Ausführbarkeit der von ihm versprochenen Leistung zu vergewissern. Hat er es unterlassen, hat er dabei Hindernisse, die im Moment des Abschlusses bereits bestanden, übersehen, so haftet er dem locator für allen durch den Abschluß des (sei es schlechthin, sei es blos seinerseits) unausführbaren Vertrags ihm zugefügten Schadens ganz in derselben Weise wie der Ver-

käufer, der einen (sei es schlechthin, sei es blos seinerseits) unausführbaren Kaufcontrakt abgeschlossen hat. Wer eine Leistung gegen Gegenleistung verspricht, soll ihrer Ausführbarkeit sicher sein, — ohne diesen Satz kann der Verkehr nicht bestehen.

Um davon die Anwendung auf den vorliegenden Fall zu machen, so ist es in unseren Augen Sache des Spediteurs und Verfrachters, die praktische Möglichkeit der von ihm gewählten Route zu kennen; in dieser Beziehung sind beide Sachverständige, auf deren Urtheil und Sachkenntniß der andere Theil sich zu verlassen hat. Ein Irrthum über die Ausführbarkeit der von ihnen übernommenen Leistung kann daher nur ihnen selber zur Last fallen, d. h. sie haben die etwaigen nachtheiligen Folgen desselben dem anderen Theil abzunehmen. Und zwar kann es hier eben so wenig wie beim Verkauf (s. oben) darauf ankommen, ob der Irrthum ein verschuldeter oder unverschuldeter war, denn auch im letzteren Falle ist es billiger, daß derjenige, der ihn begangen hat, darunter leidet, als der Gegner.

So mußte denn auch Beklagter für seinen Irrthum in Bezug auf das englische Zollgesetz verantwortlich gemacht und dieserhalb den Klägern zum Ersatz des Schadens verurtheilt werden. Nur dann hätte das Urtheil anders ausfallen müssen, wenn die Kläger selber das englische Zollgesetz gekannt hätten oder hätten kennen müssen. Ersteres ist nicht behauptet, letzteres nicht zuzugeben. In Bezug auf die Möglichkeit der vom Verfrachter vorgeschlagenen Route hatten nicht sie es nöthig, Erkundigungen einzuziehen; sonst müßte man dasselbe auch von dem Käufer verlangen, dem der Verkäufer eine res extra commercium zum Kauf anbietet.

Auch der Umstand, daß die Kläger sich mit der ihnen vom Beklagten vorgeschlagenen Route einverstanden erklärt

haben, kann an dem obigen Resultat nichts ändern, sonst würde die Annahme jeder anderen Offerte ganz dieselbe Folge haben müssen d. h. Offerent würde sich im Fall der Nichterfüllbarkeit stets darauf berufen dürfen, daß der Acceptant dieselbe gebilligt und damit ihn aller Verantwortlichkeit für die Unausführbarkeit derselben überhoben habe.

Indem wir somit dem Ober-Appellations-Gericht im Resultat beitreten, glauben wir auch in der Begründung nicht weiter von ihm zu differiren, als daß wir demselben Gedanken den der hohe Gerichtshof in specieller Richtung auf den Seetransport entwickelt hat, eine etwas andere Ausdrucksform und eine allgemeinere Begründung zu geben versucht haben. Auch das Ober-Appellationsgericht stützt seine Entscheidung nicht so sehr auf eine in concreto anzunehmende culpa des Beklagten als vielmehr auf den Rechtssatz, daß er das englische Zollgesetz hätte kennen müssen, und macht ihn für die Folgen seiner Unkenntniß verantwortlich, ohne zu unterscheiden, ob letztere eine wirklich verschuldete war oder nicht, kurz es betrachtet seine desfalsige Haftung mit uns als eine absolute. Wenn es dafür den Gegensatz in Bezug nimmt, den der Art. 482 u. 564 des HGB. in Bezug auf die Haftung des Schiffers und Befrachters aufstellt, und dabei auf das Wort „Bestimmungshafen“ in Art. 564 einen entscheidenden Nachdruck legt; so glauben wir, obschon im Resultat mit dieser Betonung des Ausdrucks einverstanden, uns doch gegenüber der Thatsache, daß das Handelsgesetzbuch auf den vorliegenden Fall keine gesetzliche Anwendung erleidet, eines Eingehens auf diesen Punkt um so eher enthalten zu dürfen, als wir die Entscheidungsnormen für den vorliegenden Fall in dem bestehenden gemeinen Recht glauben nachgewiesen zu haben.

IX.

Ueber die rechtliche Bedeutung einer Zeitungs-annonce, „man habe einen Briefkasten an einem bestimmten Orte“ in einer Handelsstadt.

Von

einem Ungenannten.

X in Z, welcher vor einem Thore der Stadt wohnte, machte in den Zeitungen bekannt, sein Briefkasten befinde sich in der Stadt an einem bestimmten Orte. Am Sylvestertage 1873 zur Mittagszeit legten die A u. B für Y die Kündigung eines von diesem dem X geschuldeten Stadtpfandpostens in den Kasten; X ließ denselben am Sylvesternachmittage nicht leeren, und gelangte zur Kenntniß der Kündigung erst am folgenden Tage. Er glaubt deshalb von der Verpflichtung, die Kündigung anzunehmen frei zu sein, und ward von Y auf deren Anerkennung belangt. Diese Klage hatte in erster Instanz ungünstigen in den beiden folgenden günstigen Erfolg.

Es handelte sich bei der Entscheidung um die rechtliche Bedeutung der von X in der Zeitung veröffentlichten Bekanntmachung. Auf der einen Seite ward hervorgehoben, durch dieselbe sei nur bewirkt, daß Jeder dadurch, daß er einen Gegenstand in den Briefkasten legte, denselben in den Gewahrsam des X versetze; und über diese Bedeutung der Bekanntmachung

kann wohl kein Zweifel sein. Bestritten dagegen wurde die weitergehende Bedeutung, daß die in den Kasten gelegten Mittheilungen so anzusehen seien, als wären sie zu einer gewissen Zeit zur Kenntniß des X gelangt. Denn weder lasse sich behaupten, es existire in Z bereits eine rechtsbeständige Gewohnheit, welche dem Einlegen in Briefkasten die Bedeutung beilege, daß die Inlagen als zur Kunde des Kasteneigners gelangt betrachtet würden; noch liege in der Annonce, einen derartigen Kasten zu halten, ein stillschweigendes Versprechen besagten Inhalts. Wer also einem solchen Kasten ein Schriftstück anvertraue, dessen rechtliche Wirksamkeit davon abhänge, daß es zu einer bestimmten Zeit zur Kenntniß des Gegners gelange, handle auf eigene Gefahr, wenn er es in dessen Kasten lege. — Der erste Gesichtspunkt wurde nicht bestritten; jedenfalls war den betreffenden Rechtsmännern das Vorhandensein einer derartigen Usance in Z nicht bekannt. Dagegen erhoben sich Bedenken in Bezug auf die zweite Anschauung. Wer öffentlich bekannt mache, einen Kasten zu halten, an einem bestimmten Orte, der erkläre dadurch, er wolle Dasjenige, was in den Kasten gelegt werde, nicht blos so ansehen, als sei es in seinen Gewahrsam übergegangen, sondern auch so, es sei zu seiner Kunde gelangt. Das sei nämlich nach der gegenwärtigen Auffassung des Publicums, jedenfalls in Handelsstädten, die Bedeutung einer solchen Erklärung, und zwar dem ganzen Publicum gegenüber. Lasse sich auch bei Personen, welche mit dem Inhaber des Kastens nicht in obligatorischen Verhältnissen ständen, kaum annehmen, daß aus der Nichtberücksichtigung einer derartigen Inlage Rechtsfolgen entstehen würden, so sei solches doch anders bei Denjenigen, die sich in solchen Verhältnissen befänden. Diesen gegenüber hafte der Kasteninhaber für Sorgfalt, und es sei ein Mangel an solcher, den Kasten nicht zu leeren und von dessen Inhalt Kenntniß zu

nehmen. Es sei ebenso, wie wenn ein verschlossener Brief eingehändigt werde, und der Empfänger ihn nicht öffne sondern zur Seite lege (wie Oberst Stoffel seine Depeschen). Thue er das Letztere, so geschehe solches auf seine Gefahr. Auch lasse sich nach dieser Richtung hin kein Unterschied machen zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten: jeder Geschäftsmann in des Wortes weitester Bedeutung werde in gleicher Weise zu behandeln sein, und durch die Annonce eines besonderen Kastens außerhalb der Wohnung erkläre man sich für einen derartigen Geschäftsmann. Das sei wenigstens in einer Handelsstadt als generelle Auffassung anzusehen. — Diesem Raisonnement gegenüber ward darauf hingewiesen, es sei ein großer Unterschied zwischen Rechtsnormen, die etwa für Kaufleute Anwendung finden möchten und allgemeinen Rechtsnormen. Auch könnten derartige Sätze auf besondern Reglements beruhen wie dies bei der Post vorkomme. Gerade der Umstand aber, daß bei dieser die Zeit der Briefausnahme fest geregelt sei, beweise die Unanwendbarkeit auf alle Privaten ohne Ausnahme, bei denen es an solchen bestimmten Zeiten meistens fehlen werde. — Dem gegenüber wurde geltend gemacht, der letztgedachte Unterschied könne nicht für zutreffend erachtet werden. Zwar sei es richtig, daß da, wo eine Briefausnahme zu einer bestimmten Zeit von Behörden oder Privaten öffentlich bekannt gemacht sei, Jeder, welcher vorher einen Brief in deren Kasten werfe, die gegründete Erwartung hegen dürfe, dieser werde zu jener Zeit geleert werden. Daraus folge aber nicht, daß die Briefausnahme für sonstige Inhaber von Kasten deren Willkür gänzlich anheim gestellt sei, sondern nur soviel, daß sie nicht präcis zu einer bestimmten Zeit zu geschehen habe. Zu welcher, das falle dem richterlichen Ermessen anheim. Im Allgemeinen lasse sich nur soviel annehmen, daß ein Einwurf während der gewöhnlichen Geschäftszeit die Folge haben müsse, das betreffende

Schriftstück sei nach Ablauf derselben zur Kunde des Kasteninhabers gelangt. Versäume also dieser am Schlusse der Geschäftszeit die betreffende Kastenleerung, so thue er solches auf seine Gefahr. Ob an einem Orte eine bestimmte Geschäftszeit hergebracht sei, mit deren Ablauf die Comptoire geschlossen würden, darauf komme es nicht an, sondern nur darauf, wann der Schluß der Geschäftszeit der Regel nach eintrete. Zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten sei bei dieser ganzen Frage nicht zu unterscheiden, sondern nur zwischen Geschäftsleuten und andern Personen. Wer aber abgesondert von seiner Wohnung an einem dritten Orte sich einen Briefkasten halte, und daß solches der Fall sei, zur Kunde des Publicums gebracht habe, von Dem sei im Zweifel anzunehmen, daß er als Geschäftsmann habe auftreten wollen. Im vorliegenden Fall, wo der Bekl. die Verwaltung eines großen fremden und eignen Vermögens unter sich habe, müsse solches ohne Weiteres angenommen werden; und da fest stehe, daß für Klr. zur Mittagszeit die Kündigung in den Kasten gelegt worden, so sei dieselbe zeitig erfolgt.

Von diesen beiden einander entgegenstehenden Ansichten entspricht die strengere dem Fortschritt, die mildere dem alten Recht. Die erste läßt sich nur in einer zwiefachen Weise begründen. Auf Rechtssatz, (Usance, Gewohnheit, Herkommen) oder stillschweigende Willenserklärung. Für jenen fehlt es in dem bisherigen Recht an ausreichenden Stützen. Ob eine Willenserklärung stillschweigend erfolgt sei, darüber wird zu allen Zeiten gestritten werden können. Man darf unbedenklich zugeben, daß die classischen Juristen der römischen Kaiserzeit für ihre Zeit deren Vorhandensein geleugnet haben würden; allein höchst bedenklich möchte es sein, von ihnen das Gleiche zu sagen, falls sie in der Gegenwart gelebt hätten. Eine Rücksichtsnahme auf die Bedürfnisse des Lebens charakterisirt ihre

Geisteśthätigkeit in einem ausgezeichneten Grade. Nicht jene Rücksichtsnahme, welche das laute Wort einer interessirten Classe der Bevölkerung für ein Lebensbedürfniß hält. Jene großen Männer waren nicht die Schergen sondern die Herren dessen, was Rechtens sei für alle irdischen und göttlichen Verhältnisse. Wer sich also über das Niveau der Alltäglichkeit als Rechtsmann erheben will, hat sich einfach zu fragen, wie wohl in einem ähnlichen derartigen Falle jene unübertroffenen Muster sich entschieden haben würden. Nun unterscheidet sich aber jedenfalls unser Jahrhundert durch den Aufschwung des Weltverkehrs wesentlich von der Vergangenheit, sei es der antiken Welt oder des Mittelalters. Bedingung und Folge jenes Aufschwungs ist die Nothwendigkeit einer Erleichterung der Geschäftsverhältnisse. Eine in Bezug auf diese abgegebene deren beschleunigte Abwickelung bezweckende Erklärung muß also ihrem Zweck entsprechend erklärt werden. Der Zweck aber kann hier kein anderer sein, als der, von den Fesseln pedantischer Geschäftsformen befreit zu werden, im Interesse der Geld- und Zeitersparniß. Wer einem Andern zu kündigen hat, und sicher gehen will, wird die Kündigung dem Gegner oder seinem gehörig legitimirten Bevollmächtigten auszusprechen haben und sich dafür einen Beweis verschaffen müssen. Er muß also sich mit Zeugen zu seinem Gegner begeben oder einen Notar mit der Kündigung beauftragen. Das ist recht weitläufig. Eine schriftliche Kündigung zur rechten Zeit wird daher im Verkehr der Regel nach für ausreichend erachtet, und deren Bescheinigung von dem Gekündigten erwartet. Diese rechtzeitige Erklärung ihrer Möglichkeit nach zu fördern, ist also das Bedürfniß des Lebens. Die Postanstalt hat zu dem Ende eine Reihe von Einrichtungen geschaffen, welche mit größerer oder geringerer Sicherheit das Gewollte effectuiren. Allein eine volle Garantie gewährt die Post dem Briefaufgeber nicht.

Wer sicher gehen will, hat dafür zu sorgen, daß die schriftliche Erklärung dem Gegner eingehändigt wird. Bei größeren Entfernungen und der Ungewißheit ob man seinen Gegner antrifft, ist daher die Schöpfung eines Surrogats der Person von großer Wichtigkeit. Dieses Surrogat ist der stumme Bote des Empfängers, der Briefkasten; und wer ihn für sich nicht gelten lassen will, der handelt gegen den guten Glauben, dessen Vorhandensein bei der Erklärung einer Aufstellung des Kastens vorhanden sein soll. Es wäre ebenso, wie wenn er sich damit entschuldigen wollte, er habe den Kündigungsbrief bei Seite gelegt. Auch das ist schon da gewesen. In einem deutschen Lande, wo es Sitte ist, in feststehenden halbjährigen Terminen, zu Antoni und Johannis, die Zinsen zu berichtigen, und nach deren Empfang Zinsquittungen zu übersenden, hatte der Gläubiger auf solche die Kündigung geschrieben, und sein Schuldner behauptete im folgenden Termine, als das Capital zurückverlangt ward, er habe keine Verpflichtung gehabt, auf die Zinsquittung zu sehen, und daher auch die Kündigung nicht gelesen, mithin die Kündigung nicht empfangen. Schwerlich mit Beifall Rechtens! In dem gleichen Lande ereignete es sich, daß ein Schuldner seinem Gläubiger am letzten Tage des achttägigen Termins Nachts $11^1/_2$ Uhr das Capital zahlen wollte. Der Hausknecht weigerte sich die nächtliche Ruhe seines Herrn zu stören, und setzte den Zudringlichen an die Luft. Wir glauben mit vollem Recht. Der Richter hat darüber zu entscheiden, ob eine Rechtsausübung zur Chikane benutzt wird, und dieser die Rechtshülfe zu versagen. Das auch zur Abwehr der dialektischen Sophistik, welche obige Ansicht zu der komischen Schlußfolge benutzen wollte, der Briefkasten-Inhaber müsse Nachts zwölf Uhr seinen Kasten leeren lassen, wenn er ganz sicher gehen wolle. Am Schluß der Geschäftszeit allerdings — die fällt aber vor zwölf Uhr Nachts.

X.

Ueber die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechts im Justinianischen Recht mit Bezugnahme auf die heutigen Gesetzbücher, insbesondere das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch.

Von

Dr. **Friedrich Boll**, Professor der Rechte in Krakau.

Das Gewohnheitsrecht wurde bekanntlich in neuerer Zeit einer sorgfältigen und eingehenden Prüfung unterzogen. Ein Hauptverdienst Savigny's und Puchta's bleibt es, in das wahre Wesen dieses Rechts tiefer eingedrungen zu sein und auf diese Art zur Erkenntniß desselben das Meiste beigetragen zu haben. Man mag über die von ihnen entwickelte Theorie denken, wie man wolle, das Verdienst der Anbahnung für das richtige Verständniß in der ganzen Lehre hat ihnen selbst von ihren Gegnern Niemand abgestritten [1]). Ihr Grundprinzip, wornach jenes Recht seinem innersten Wesen nach der Volksüberzeugung oder dem Volksgeiste entspringt, ist ein richtiges und wird nicht beirrt, weder dadurch, daß der Begriff des

1) Vgl. z. B. Lenz, über die geschichtliche Entstehung des Rechts (1854) S. 17; Meier, Rechtsbildung im Staate und in der Kirche (1861) S. 25.

Volksgeistes kein äußerlich faßbarer ist, noch dadurch, daß Beispiele aus der Geschichte angeführt werden, wo zur Entstehung bestimmter Gewohnheitsrechte andere Factoren mitgewirkt haben. Jedenfalls mußten die letzteren die Volksüberzeugung beeinflußt und in dieser Richtung trotz allfälliger Opposition schließlich ein günstiges Resultat erzielt haben, sonst wäre es nicht möglich gewesen, die bezüglichen Rechtssätze als gewohnheitliche auf die Dauer zu erhalten. Deshalb stimmen wir vollkommen jenen bei, die auch die Gewohnheit oder die Uebung als ein wesentliches Moment zur Entstehung des Gewohnheitsrechts ansehen [2]). Die im Volke oder in bestimmten Kreisen desselben wurzelnde Rechtsidee treibt die Mitglieder desselben zur Vornahme bestimmter gleichförmiger Handlungen und erst durch diese wird das Recht als solches existent. Außerdem trägt die Uebung auch zur Befestigung und Erweiterung der ihr zu Grunde liegenden Idee in den verschiedenen Volkskreisen wesentlich bei. Freilich können manchmal Rechtsideen dem Volke von Außen aufgedrungen werden, aber auch dann müssen sie sich dem Volksgeiste assimiliren, da nur unter dieser Bedingung die Uebung ein wahres Gewohnheitsrecht zu erzeugen vermag.

Daß die Grundanschauung der beiden oberwähnten Rechtslehrer über die eigentliche Quelle des Gewohnheitsrechts sich

2) Anders Puchta und Savigny, welche die Gewohnheit als bloße Erscheinungsform auffassen. Treffend bemerkt Brinz, Pandekten (2. Aufl. 1873) I. S. 114: „Nur daß Rechtens sein solle, was man thut, und daß man also wohl daran thue, so zu handeln, ist der Gedanke, von dem die zur Gewohnheit führende That begleitet sein muß, nicht daß es schon Rechtens sei, und darum gethan werden müsse; letzteres ist Folge der fertigen, nicht Bedingung der erst werdenden Gewohnheit.“ Gegen diese Ansicht erklärte sich in neuester Zeit Arndts in der Wiener Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, I. 2. Heft, S. 487. Die Puchta'sche Auffassung vertheidigt auch Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts (1871) I. S. 130.

mit der Ansicht der römischen Juristen wohl vereinigen läßt geht aus dem Ausspruche Julians in l. 32. § 1. D. de legibus (1. 3.) ziemlich klar hervor[3]). Mit Unrecht hat man aus dieser Stelle den Grund der Geltung des Gewohnheitsrechts auf den Willen des Gesetzgebers zurückführen wollen. Unter leges sind hier nicht allein Volksbeschlüsse gemeint, dies geht aus der eigenthümlichen Ausdrucksweise der Compilatoren suffragio legislatoris deutlich hervor. Die voluntas populi, als letzte Quelle eines jeden Rechts, hat somit hier fast dieselbe Bedeutung, wie die Volksüberzeugung in der Theorie der rechtshistorischen Schule.

Es ist nur strenge Consequenz jener Auffassung, wenn man dem Gewohnheitsrechte dieselbe Kraft beimißt, wie dem Gesetz und daher das Verhältniß der beiden Rechtsquellen zu einander als ein coordinirtes bezeichnet, woraus sich dann folgerichtig ergeben würde, daß das bestehende Recht, mag solches in Gesetzen oder in Gewohnheiten enthalten sein, durch ein neues Gewohnheitsrecht nicht nur ergänzt, sondern auch aufgehoben werden könne[4]). Indessen bricht sich die Ansicht, daß einer umfassenden Codification gegenüber die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechts einzuschränken sei, unter den heutigen Rechtsgelehrten immer mehr Bahn.

Man könnte sich nicht wundern, wenn dieselbe bloß von principiellen Gegnern der Puchta'schen Lehre ausgesprochen

3) Namentlich aus den Worten: cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris (Mommsen liest legis latoris), sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

4) Das ist auch die herrschende Ansicht.

worden wäre, wie das z. B. unlängst von Meier und in neuester Zeit von Abickes geschehen ist[5]). Es neigen sich ihr jedoch auch solche Rechtsgelehrte zu, die sonst im Wesentlichen mit den Grundsätzen Savigny's und Puchta's übereinstimmen. Mußte es ja Savigny[6]) selbst anerkennen, daß bei einem entwickelten Staatswesen die auf der Gemeinschaft des Bewußtseins beruhende Rechtserzeugung immer schwieriger werde.

In neuerer Zeit hat insbesondere Ihering[7]) die Kehrseite, nämlich die Unbestimmtheit der meisten Gewohnheitsrechte hervorgehoben und auf den ungeheuren Fortschritt, den das Recht durch seinen Uebergang von dem Gewohnheitsrecht zum gesetzlichen Recht macht, hingewiesen.

Beseler, der bekanntlich durch Unterscheidung des Gewohnheitsrechts vom eigentlichen Volksrecht das Savigny-Puchta'sche Princip weit überholte, hat bei Gelegenheit des fünften deutschen Juristentags in seinem Gutachten über die Frage, ob und in welchem Umfange von der Gesetzgebung das Gewohnheitsrecht als giltige Rechtsquelle anerkannt werden solle, den Antrag gestellt und wissenschaftlich zu begründen versucht, daß eine umfassende Gesetzgebung die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts nicht anzuerkennen habe[8]).

5) Meier, Rechtsbildung S. 34; Abickes, zur Lehre von den Rechtsquellen (1872) § 7 am Schlusse. Schon aus dem, was Reinhold Schmid in seiner geistreichen Recension des Beseler'schen Volksrechts in den Richter'schen Jahrbüchern (1844, I. S. 398 ff.) gesagt hat, gelangt man nothwendig zu demselben Resultate.

6) System, I. § 7 am Schlusse.

7) Geist des römischen Rechts, II. Theil, 1. Abth. (2. Auflage) S. 24 ff.

8) Verhandlungen des fünften deutschen Juristentags (1864) I. S. 102—110. Wenn er in seinem System des deutschen Privatrechts (3. Aufl. § 32) zugiebt, daß das Gesetz durch Entwöhnung (desuetudo) außer Wirksamkeit gebracht werden kann, so will er damit nur die Macht

Dieser Antrag wurde von der Juristenversammlung in Braunschweig zum Beschlusse erhoben, obwohl dieselbe durch Annahme auch des anderen Beseler'schen Antrages, daß nämlich Gesetz und Gewohnheitsrecht als selbständige Rechtsquellen ursprünglich in gleicher Kraft und Bedeutung neben einander bestehen, sich zu der Savigny-Puchta'schen Lehre offen bekannte [9]).

Der Umstand, daß die wichtigsten neueren Codificationen dem Gewohnheitsrecht gegenüber eine abwehrende Stellung eingenommen haben, dürfte, insofern man das preußische allgemeine Landrecht, den Code Napoléon und das allgemeine österreichische bürgerliche Gesetzbuch ins Auge faßt, kaum vom großen Belange sein, da alle diese Gesetzbücher unter dem Einflusse der alten Theorie über das Gewohnheitsrecht verfaßt wurden. Dagegen erscheint es wichtiger, daß auch im bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle beseitigt und selbst im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche nur im beschränkten Maße zugelassen erscheint.

Im römischen Rechte ist die oben angeregte Frage sehr controvers, indem der Schlußsatz des § 1 in l. 32. D. de legibus angefangen von den Worten quare rectissime und das Constantinische Rescript in l. 2. C. quae sit longa consuetudo (8. 55) [10]) einander widersprechen. Diese zwei Stellen

der Verhältnisse und der Geschichte anerkennen, der kein irdischer Wille, auch nicht der des Gesetzgebers, auf die Dauer Widerstand zu leisten vermag. Doch meint er an einer anderen Stelle (S. 88), daß sich eine bestimmte Rechtsansicht im Volke mit der größten Entschiedenheit erhalten und der Richter doch verpflichtet sein kann, nach dem Gesetz dagegen zu erkennen. Die Beschränkung des Gewohnheitsrechts in den modernen Codificationen basirt er hier auf der absoluten Autorität des modernen Staatswillens (S. 87, Note 3).

9) Verhandlungen, II. S. 84—100.

10) Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, ve-

waren bis jetzt allgemein als die zwei Hauptstellen betrachtet und seit jeher war man bemüht, den in denselben enthaltenen Gegensatz als einen scheinbaren darzustellen und ihn auf diese Art zu beseitigen. Einen großen Einfluß bei der angestrebten Lösung der schwierigen Aufgabe übte wohl seit jeher die Ansicht aus, welche die Rechtsgelehrten über den Begriff des Gewohnheitsrechts und sein Verhältniß zum Gesetzesrecht im Allgemeinen hatten. Dabei kam es auch sehr viel auf die Stellung an, welche dem Gewohnheitsrecht im praktischen Leben angewiesen war. Im Mittelalter hatte dieses Recht fast überall und auf allen Gebieten eine außerordentliche Bedeutung gehabt. Die einheimischen oder sog. Volksrechte waren schon ihrer Natur nach Gewohnheitsrechte, aber auch fremde Rechte kamen oft in dieser Form zur Geltung. Es ist daher begreiflich, wenn bereits im Mittelalter die herrschende Ansicht auf Grundlage des römischen Rechts dem Gewohnheitsrecht eine gleiche Kraft mit dem Gesetze einräumte [11]).

Die entgegengesetzte Ansicht hatte zwar auch unter den Glossatoren Anhänger gefunden [12]), doch wurde sie erst später in Italien und seit der Reception des römischen Rechts auch in Deutschland immer mehr verbreitet und gelangte im vorigen Jahrhunderte entsprechend der damaligen Auffassung der Staatsgewalt zu einer fast allgemeinen Geltung [13]). Diese Ansicht fand in den Worten des Constantinischen Rescripts ihren vor-

---

rum non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem.

11) Puchta, Gewohnheitsrecht, II. S. 210; Stobbe, deutsches Privatrecht, I. S. 136. Note 2.

12) Puchta, ebend. S. 204 ff. Im decretum Gratians kommt die l. 2. C. quae sit l. c. wörtlich vor (c. 4. D. 11), ihre Bedeutung wurde aber durch ein decretale Gregors IX (c. 11. X. de consuet.) stark abgeschwächt. Vgl. Savigny, System, I. S. 428.

13) Stobbe, Rechtsquellen, II. S. 117 ff.; Privatrecht, I. S. 126 ff.

züglichsten Stützpunkt. Auf diese Stelle wurde denn bis auf Savigny und Puchta das Hauptgewicht gelegt, während seit dem Auftreten der genannten Rechtslehrer das Fragment aus dem Digestenwerk Julians den Angelpunkt für die Behandlung unserer Frage bildete. Für die jetzt herrschende Ansicht ist der Schlußsatz der letzteren Stelle entscheidend, um so mehr, als er durch andere Stellen im corpus iuris unterstützt wird. Aber wie soll mit ihm die Vorschrift der l. 2. C. quae sit l. c. in Einklang gebracht werden?

Der Annahme Puchta's[14]), Constantin spreche von einer bloßen Gewohnheit, der keine Rechtsüberzeugung zu Grunde liegt, d. i. er läugne für diesen Fall die Existenz des Gewohnheitsrechts, steht sowohl die sonst in den Quellen häufigste Bedeutung der Worte longaevus usus als auch der Umstand entgegen, daß die obige Vorschrift in dem das Gewohnheitsrecht betreffenden Codextitel aufgenommen erscheint. In einem weit höheren Grade läßt sich dasselbe gegen Lübers[15]) bemerken, der die Worte consuetudo, ususque longaevus für gleichbedeutend mit vetustas hält und daher das Rescript nicht auf das Gewohnheitsrecht im objectiven Sinne, sondern auf die Ausübung eines subjectiven Rechts bezieht.

Savigny's[16]) Behauptung, unter consuetudo sei hier eine örtliche Gewohnheit zu verstehen, die gegen ein absolutes Landesgesetz nicht aufkommen könne, eine Erklärung, die schon von den Glossatoren versucht wurde, später im Wesentlichen von Donellus angenommen war und der die meisten Neue-

14) Gewohnheitsrecht, I. S. 117 ff. II. S. 213 ff.; Vorlesungen, I. Beil. I. Ebenso Böcking, Pandekten, I. S. 17, Note 6.

15) Ueber den Ursprung der 40jährigen Verjährung der speciales in rem actiones mit besonderer Rücksicht auf c. 2. C. quae sit l. c. (1864). Vergl. die Pözl'sche krit. Vierteljahrschrift, VIII. S. 137 bis 139.

16) System, I. S. 196, 420 ff.

ren[17]) gefolgt sind, legt in die Worte des Rescripts etwas hinein, was dieselben nicht enthalten. Bei den einzelnen Fällen, die von localen und partikulären Gewohnheiten handeln, sind die Worte regio, mos regionis, provinciae, consuetudo civitatis u. dgl. ausdrücklich gebraucht und dieser wichtigste Zusatz sollte bei der eigentlichen Rechtsregel fehlen?

Ebenso willkürlich ist die Annahme Vangerow's[18]), der in dem gegebenen Falle ein solches Gesetz voraussetzt, das die Entstehung eines ihm zuwiderlaufenden Gewohnheitsrechts verboten hätte.

Die neuesten Auslegungsversuche von Böhlau[19]) und Brinz[20]), von denen der erste das Rescript auf eine irrationabilis consuetudo, der zweite auf ein altes Herkommen bezogen haben will, das sich vor der besseren Einsicht und dem neuen Gesetz beugen muß, werden kaum Jemanden befriedigen. Wie könnte denn der Gesetzgeber derartigen Gewohnheiten eine non vilis auctoritas zuschreiben?

Andere Meinungen[21]) können wir füglich übergehen, da

17) Wening Ingenheim, gem. Civilrecht (5. Aufl.) § 15; Holzschuher, Theorie und Casuistik (3. Aufl.) I. § 3. am Schlusse; Seuffert, prakt. Pandektenrecht (4. Aufl.) § 10; Sintenis, gem. Civilrecht (2. Aufl.) § 3, Note 44; Becker in den Verhandl. des 5. deutschen Juristentags, I. S. 9. — Auf eine örtliche Gewohnheit, die gegen ein Reichsgesetz im Allgemeinen nicht aufkommen kann, beziehen die Stelle: Guyet, das partikuläre Gewohnheitsrecht im civilist. Archiv, XXXV. S. 12—50; Rudorff, Rechtsgeschichte, I. § 80, der freilich nur den ursprünglichen Sinn in ähnlicher Weise auffaßt; Windscheid, Pandektenrecht (3. Aufl.) § 18. Note 2; Goldschmidt, Handelsrecht, I. 1. Abth. S. 238. Note 35; Bruns in Holtzendorf's Encyklopädie (2. Aufl.) S. 323, insofern er das reine römische Recht in Betracht zieht.

18) Leitfaden, I. § 16.

19) Mecklenburgisches Landrecht I. S. 334 und 337.

20) Pandekten (2. Aufl.) S. 130.

21) Angeführt sind sie von Guyet, S. 23 ff., zum Theil auch

sie den Worten des vielbesprochenen Rescripts einen noch größeren Zwang anthun.

Auch sei es uns erlassen, in eine nähere Würdigung der früheren Ansichten einzugehen, welche das Rescript seinem Wortlaute nach auffaßten und die entgegengesetzte Vorschrift des § 1 in l. 32. D. de legibus durch Zulassung einer bloßen desuetudo oder durch Hervorhebung eines Unterschiedes zwischen Republik und Monarchie und dgl. zu beheben hofften. Müßten wir ja das wiederholen, was so oft darüber gesagt wurde.

Doch erklärten sich auch neuere Rechtslehrer für den nächstliegenden Wortsinn der bewußten Verordnung, so namentlich Keller[22]), dem derselbe zu dem absolutistischen, selbstgefälligen und bornirten Wesen Constantins am besten zu passen scheint. Was dann aber die Compilatoren mit Einrückung einer solchen Stelle in den Codex bezweckt hätten, diese Frage bleibt bei jener Annahme ungelöst.

Auch Gneist hat in der Braunschweiger deutschen Juristenversammlung als Referent des Beseler'schen Gutachtens sich dahin geäußert, daß in einem Staate, welcher zur Codification geschritten ist, es dringend rathsam sei, das Gewohnheitsrecht nicht contra legem fortdauern zu lassen. „Wir sehen, sagt er, daß jedes große Staatswesen zu dieser Richtung gekommen ist. Das römische Recht, nachdem es seine weltgeschichtliche Aufgabe gelöst hat, das Privatrecht κατ' ἐξοχήν zu schaffen, hat sofort den Riegel vorgeschoben und das Gewohnheitsrecht contra rationem vel legem verboten. Die Verordnung Constantins l. 2. C. quae sit l. c. sagt das mit dürren Worten, an denen alle Interpretation gescheitert ist[23])".

---

von Puchta, Gewohnheitsrecht, II. S. 204 ff. und von Vangerow, l. c.

22) Pandekten, § 3. Note 7.

23) Verhandlungen des 5. deutschen Juristentags, II. S. 91. Vgl.

Schließlich entscheidet Baron die Antinomie der Quellen zu Gunsten der Constantinischen Verordnung, da die Gewohnheit nur auf gewissen Entwicklungsstufen der Völker als die normale Rechtsbildung erscheint und die Zulassung eines Gewohnheitsrechts gegen eine in Fluß begriffene Gesetzgebung geradezu die Zulassung einer Durchkreuzung der Ziele des Gesetzgebers wäre[24]).

So sehr wir es aber anerkennen, daß in dem Gesagten sich ein wahrer Kern zu der seit jeher angestrebten Lösung der controversen Frage findet, ebenso entschieden müßten wir uns gegen die obige Annahme erklären, wenn man mit der citirten Verordnurg allein den Nachweis führen wollte, daß dem Gewohnheitsrecht die derogatorische Kraft im Justinianischen Recht benommen war. Angesichts der in l. 32. § 1. D. de legibus enthaltenen Auffassung des Gewohnheitsrechts, angesichts des klaren Wortlautes im Schlußsatze dieses Sen, welcher durch § 11 I. de iure naturali (1. 2) bestätigt erscheint, könnten wir die Antinomie der Quellen nicht anders, als zu Gunsten der herrschenden Ansicht entscheiden.

Der Schwerpunkt zur Lösung der controversen Frage für das Justinianische Recht scheint uns jedoch wo anders zu liegen. Wir müssen nämlich vorzugsweise jene Stellen berücksichtigen,

---

auch Endemann, das deutsche Handelsrecht, S. 30 Note 14, der jedoch diese Frage als eine rein politische auffaßt und daher mit jenen älteren Schriftstellern auf gleicher Linie steht, welche in dieser Beziehung zwischen Staaten mit republikanischer und monarchischer Verfassung unterscheiden wollten.

24) Pandekten, S. 16. Gegen ihn Hofmann in der Wiener Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, I. 2. Heft, S. 460. Derselbe meint, daß der Kaiser nur sagen wollte: eine Gewohnheit dürfe nicht absurd (contra rationem), unsittlich, verbrecherisch sein. Seine Erklärung stimmt daher im Wesentlichen mit der Böhlau's, aber nicht, wie er behauptet, mit jener Savigny's überein und es gilt von ihr dasselbe, was oben gegen Böhlau bemerkt wurde.

in welchen Justinian über seine Rechtssammlung als Ganzes gesprochen und aus ihnen zu entnehmen suchen, welchen Einfluß er den bisherigen Rechtsquellen in Bezug auf seine Rechtsbücher hat einräumen wollen.

Bekanntlich war es ihm darum zu thun, an die Stelle der vielen, nur zum Theil gesammelten kaiserlichen Verordnungen, sowie der Menge zerstreuter, schwer zugänglichen, mitunter sehr voluminösen und controversen Schriften der autorisirten Juristen eine einheitliche Sammlung zu schaffen, in welcher alle geltenden leges, sowie das ganze damals verbindliche ius nach Vornahme aller nöthigen Aenderungen, mit Vermeidung überflüssiger Wiederholungen und Weglassung alles Unpraktischen, kurz, übersichtlich und frei von Widersprüchen geordnet erscheinen würde. Deshalb ertheilte er der zur Abfassung der Digesten eingesetzten Kommission den Auftrag, so vorzugehen, damit nulla in omnibus praedicti codicis membris antinomia aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto (§ 8. const. Deo auctore; cf. § 15, const. Tanta). In ähnlicher Weise drückte er sich über den codex aus, nachdem er die Kommission zur Vornahme der nöthigen Aenderungen ermächtigt hatte: ut undique non solum Institutionum et Digestorum via dilucida et aperta pateat, sed etiam constitutionum nostri Codicis plenum iubar omnibus clareat, nulla penitus nec simili, nec diversa nec inusitata relicta constitutione (§ 3. const. Cordi). Justinian wollte, kurz gesagt, ein allgemeines Gesetzbuch schaffen und damit allen früheren kaiserlichen Verordnungen, allen Edikten, Senatsbeschlüssen, Volkgesetzen, sowie allen Schriften autorisirter Juristen ihre bisherige verbindliche Kraft benehmen.

Von dem Augenblicke der Kundmachung dieses Gesetzbuches konnten die angeführten Rechtsquellen als eigentliche

Rechtsquellen nicht mehr gelten. Das, was sie enthielten, behielt für die Zukunft nur noch insoweit verbindliche Kraft, als es in der Justinianischen Sammlung eine Stelle gefunden hatte. Aber eben dadurch wurde es schon zu einem kaiserlichen Gesetz[25]).

Formell erschien von nun an die Justinianische Rechtssammlung sammt den späteren kaiserlichen Verordnungen als eigentliche Rechtsquelle, als das eigentliche, bei Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten anzuwendende Recht. War es aber zugleich alleinige Rechtsquelle, war es das einzige geltende Recht? Fast wäre man geneigt, diese Frage zu bejahen.

So sagt Justinian in der const. Deo auctore, § 7 Cum enim lege antiqua, quae regia nuncupatur, omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem, nos vero sanctionem omnem non dividimus in alias et alias conditorum partes, sed totam nostram esse volumus, quid possit antiquitas nostris legibus abrogare? In § 21 const. Tanta bezeichnet er den Kaiser als denjenigen, cui soli concessum est leges condere et interpretari. Der zur Abfassung der Digesten zusammengesetzten Kommission befahl er ausdrücklich, in libros quinquaginta totum ius digerere, ut nihil extra memoratam consummationem possit esse derelictum, sed his quinquaginta libris totum ius antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum ni-

25) const. Tanta § 20 in fine: Cum enim constitutionum vicem et has leges (scil. Digestorum) obtinere censuimus, quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intelligatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta? Cf. § 11 in fine: et praedictos libros (scil. Institutionum) constitutionum vicem habere iussimus.

hil extra se habeat (§ 5. const. Deo auctore). Weiter sagt er: Ideoque iubemus, duobus istis codicibus omnia gubernari, uno constitutionum, altero iuris enucleati et in futurum codicem compositi, vel si quid aliud a nobis fuerit promulgatum institutionum vicem obtinens (§ 11 h. c.). Nachdem die Kommission ihre Aufgabe vollzogen, bezeichnete Justinian die darin enthaltenen leges als die einzig verbindlichen (quia omne, quod hic positum est, hoc unicum et solum observari censemus; § 19. const. Tanta), sowie seine Rechtsbücher als diejenigen, welche das ganze römische Recht enthalten (Omni igitur Romani iuris dispositione composita, et in tribus voluminibus, id est institutionum et digestorum seu pandectarum nec non constitutionum, perfecta etc. § 12 h. c.).

Indessen beweisen alle diese Stellen nur so viel, daß von nun an weder eine frühere kaiserliche Verordnung noch irgend eine Juristenschrift praktische Geltung haben konnte und daß man für jene Fälle, über welche die Justinianischen Rechtsbücher eine Bestimmung enthielten, einzig und allein diese letztere in Anwendung bringen durfte. Namentlich ist damit das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle nicht ausgeschlossen worden. Dies erhellt aus § 10. const. Deo auctore: Sed et si quae leges in veteribus libris positae iam in desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permittimus, cum haec tantummodo obtinere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit, vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit, secundum Salvii Juliani scripturam, quae indicat, debere omnes civitates consuetudinem Romae sequi, quae caput est orbis terrarum, non ipsam alias civitates. Romam autem intelligendum est non solum veterem, sed etiam regiam nostram, quae

Deo propitio cum melioribus condita est auguriis.

Es frägt sich aber, ob durch Justinian dem Gewohnheitsrechte nicht irgend welche Gränzen vorgesteckt wurden und in welcher Richtung es sich noch überhaupt hat entwickeln können?

So viel ist gewiß und geht aus der obigen Verordnung unzweifelhaft hervor, daß ein particuläres Gewohnheitsrecht dem allgemeinen[26]), insofern letzteres unter den Begriff des ius cogens fiel, immer weichen mußte. Das war jedoch nach dem klaren Ausspruche Justinians bereits im Edikte Julians ausdrücklich anerkannt. Schon aus diesem Grunde wäre es nicht möglich gewesen, daß das particuläre Gewohnheitsrecht, wo es noch überhaupt als Rechtsquelle zugelassen war, sich gegen ein kaiserliches Gesetz[27]) hätte bilden können. Das muß um so eher angenommen werden, als ja auch kaiserliche Verordnungen, die für locale Kreise bestimmt waren, wenn sie nicht ein specielles Privilegium enthielten, nur insofern Geltung behalten konnten, inwiefern sie den Rechtssätzen der Sammlungen nicht widersprochen haben[28]) und als ferner selbst das allgemeine Gewohnheitsrecht, wie wir es weiter unten nachzuweisen

26) Als solches muß hier die consuetudo Romae angesehen werden, da sie ja allgemein hat beobachtet werden müssen.

27) Ob dieses unter den Begriff des ius cogens oder des ius dispositivum fiel, ist einerlei, da letzteres, falls die Parteien ihren Willen gar nicht erklärt hätten, ohnehin den Charakter eines ius cogens angenommen hat.

28) § 4 const. Summa reipublicae: Si quae vero pragmaticae sanctiones, quae minime in eodem nostro codice receptae sunt, civitatibus forte vel corporibus — — impertitae sunt, eas, siquidem aliquod privilegium speciali beneficio indulgent, omnimodo ratas manere, si vero pro certis capitulis factae sunt, tunc tenere, quum nulli nostri codicis adversantur constitutioni, praecipimus. Da aber auch die in den Digesten und Institutionen vorkommenden Rechtsregeln constitutionum vicem hatten (§ 11 c. Tanta), so ist jene Bestimmung auch auf sie auszudehnen.

versuchen werden, gegen diese Rechtssätze nicht hat aufkommen können.

Die Worte cum haec tantummodo obtinere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit ließen wohl die Auslegung zu, daß Justinian das particuläre Gewohnheitsrecht hat überhaupt beseitigen wollen. Doch wäre diese Meinung unrichtig, da mit jenen Worten nichts weiter gesagt ist, als daß neben den Sammlungen nur noch das allgemeine Gewohnheitsrecht als Reichsrecht Geltung haben konnte. Wenn Justinian weiter verordnet, non ipsam alias civitates sequi oder mit anderen Worten Romam consuetudinem aliarum civitatum sequi non debere, so hat er damit die consuetudo der einzelnen civitates, insofern sie nur auf die letzteren beschränkt waren, nicht ausgeschlossen.

Eine Bestättigung für die fortwährende Geltung des particulären Gewohnheitsrechts haben wir in l. 1 C. quae sit. l. c. (imp. Alexander). Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, causa cognita statuet. Nam et consuetudo praecedens et ratio, quae consuetudinem suasit, custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae. Ferner in l. 3 h. t. (imp. Leo et Anthemius), namentlich in den Worten: et quod officiis, curiis, civitatibus, principiis vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus.

Was nun das Gebiet dieses Gewohnheitsrechts anbelangt, so hat dasselbe als ius dispositivum in Beziehung auf Rechtsgeschäfte inter vivos sich überall bilden können und diente auf diese Weise zur Supplirung des Willens der Parteien. Ausdrücklich wird dies bestättigt durch l. 34. D. de r. i. (50, 17).

Ulpianus. Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est: aut, si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Derselbe Schluß kann aus l. 31 §. 20 D. de aedil. edicto (21, 1)[29]) gezogen werden, wo das Gebiet der iudicia bonae fidei für die Beobachtung des particulären Gewohnheitsrechts angenommen erscheint. Wenn Puchta und nach ihm Unger sowie Andere diese Stelle nur auf thatsächliche Gewohnheiten (consuetudo im natürl. Sinn, Uebung, Gebrauch, Sitte, Herkommen) beziehen[30]), die keine Rechtsregeln begründen, so setzen sie sich mit den Eingangsworten des betreffenden §fen in Widerspruch, denn Ulpian bezieht in denselben gerade einen früheren durch Gewohnheit eingeführten Rechtssatz und zwar den, daß schon in Folge des Abschlusses eines Kaufvertrages der Verkäufer im Evictionsfalle dem Käufer für das duplum einzustehen hatte und dazu mittelst der actio emti gezwungen werden konnte.

Schließlich wird unsere Ansicht auch durch l. 19 C. de locato et cond. (4, 65)[31]) unterstützt, worin angeordnet wurde,

---

29) Ulpianus. Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, si duplum venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire. Cf. l. 6. § 1 D. quod cuiusc. univ. (3,4) und nov. 123 cap. 3, deren Inhalt, wenn er auch nicht privatrechtlicher Natur ist, sich mit der obigen Ansicht wohl vereinigen läßt.

30) Puchta, Gewohnheitsrecht, I. p. 76 Note 5; Unger, System des österr. allgem. Privatrechts, I. p. 41. Richtig wird diese Stelle in der obigen Richtung aufgefaßt von Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht (1851) p. 39 und von Goldschmidt, Kauf auf Probe in seiner Zeitschrift für das Handelsrecht, I. p. 88. Darüber das Nähere bei Besprechung der neueren Gesetzbücher, insbesondere des Handelsrechts.

31) Diocletianus et Maximianus: Circa locationes atque con-

daß bei Bestandverträgen für den Fall, als die Parteien keine ausdrückliche, dem Ortsgebrauche entgegenstehende Verabredung getroffen haben, die fides, mithin auch dieser Gebrauch zu beobachten sei.

Ein derartiges gewohnheitliche ius dispositivum konnte sich aber nur dann bilden, wenn in den Rechtssammlungen keine diesfällige lex dispositiva vorhanden war. In speciellen Fällen konnten allerdings Ortsgebräuche selbst den leges dispositivae vorangehen, dies jedoch nur unter der Bedingung, wenn das Stillschweigen der Parteien als factum concludens für die Anwendung des Ortsgebrauches mit Ausschluß der gesetzlichen Bestimmung hätte angenommen werden können. Dann war aber ein wenngleich stillschweigend erklärter Wille der Parteien vorhanden. Der betreffende Gebrauch hatte durchaus nicht den Charakter eines Gewohnheitsrechts, das die lex dispositiva zu beseitigen im Stande gewesen wäre. Er diente zur Interpretation einer vorhandenen Willenserklärung.

Dagegen gibt es in den Justinianischen Rechtsbüchern sehr viele Stellen, die wohl von particulären Gewohnheiten, aber von keinem eigentlichen Gewohnheitsrecht handeln. Wenn nämlich verordnet wird, daß in einem bestimmten Falle an einem bestimmten Orte in irgend welcher Beziehung das einzutreten habe, was dort seit jeher üblich ist, so trägt eine derartige Gewohnheit den Grund ihrer Existenz nicht in sich selbst, sondern in dem Ausspruche des kaiserlichen Gesetzgebers. Wir haben es hier mit einer gesetzlichen Anordnung aber mit keinem Gewohnheitsrecht zu thun[32]).

---

ductiones maxime fides contractus servanda est, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis.

32) Aber auch solche Anordnungen fallen regelmäßig unter den Begriff des ius dispositivum.

So verhält es sich mit vielen, insbesondere auch mit jenen so oft als Beispiel des particulären Gewohnheitsrechts angeführten Stellen, die über das Maß der Zinsenhöhe handeln. Wenn auch in l. 10 §. 3 D. mandati (17,1), l. 1 pr. l. 37 D. de usuris (22,1), l. 7 §. 10 D. de admin. (26, 7) und l. 39 § 1 D. de legatis (I) von usurae, quae in regione frequentantur, usurae ex more regionis, secundum morem provinciae gesprochen wird, so unterliegt es keinem Zweifel, daß hier in bestimmten Fällen das Recht zum Bezuge oder die Pflicht zur Entrichtung ortsüblicher Zinsen auf der in die Digesten aufgenommenen Vorschrift beruht. Ist es ja die l. 39 § 1. D. de legatis, welche bestimmt, in usurarum quantitate mos regionis erit sequendus, wobei noch zu bemerken ist, daß durch das gesetzliche Maximum auch für die ex more regionis zu bemessenden Zinsen eine Schranke festgesetzt war, denn es wird in l. 10 § 3. D. mandati ausdrücklich hinzugefügt: usuras, quae l e g i t i m o m o d o in regionibus frequentantur, ebenso in l. 1 pr. D. de usuris: ita tamen, u t l e g i n o n o f f e n d a t.

Ein gleiches Bewandniß hat es mit l. 13 § 1. D. comm. praed. (8,4), worin das Recht zur entgeldlichen Benutzung von Steinbrüchen selbst gegen den Willen des Eigenthümers an Orten, wo das üblich ist (nisi talis consuetudo consistat) unter Festsetzung einiger Beschränkungen anerkannt wird, ferner mit l. 71 D. de contrah. emtione (18,1), worin mit Berufung auf ein kaiserliches Rescript den Gewohnheiten bei Weinverkäufen einige Bedeutung beigelegt wird, ferner mit l. 6 D. de evict. (21,2), nach welcher die Haftung für Eviction ex consuetudine eius regionis, wo der Grundverkauf stattgefunden, einzutreteu hat. Ebenso verhält es sich mit den in l. 50 § 3 D. de legatis (I), l. 65 § 7 nnd l. 75 h. t (III) erwähnten Gewohnheiten hinsichtlich der Bezeichnnng der Quali-

tät vermachter Gegenstände, ferner mit l. 4 § 2 D. de publicanis (39,4), welche die Beobachtung der Gewohnheit in omnibus vectigalibus anerkennt, sowie mit l. 1 D. de extraord. cogn. (50,13) rücksichtlich der Bemessung des Advokatenhonorars.

Eine gleiche Natur hat die processualische l. 4 D. de feriis (2,12), die von der Festsetzung des tempus messis et vindemiarum ex consuetudine cuiusque loci durch den praeses provinciae handelt, sowie die l. 3 § 6 D. de testibus (22,5), in welcher das Rescript der divi fratres wegen Beobachtung der consuetudo provinciae bei Aufforderung von Zeugen aus anderen Städten angeführt erscheint.

Auch im Codex wird die Beobachtung von localen Gewohnheiten in manchen bestimmten Fällen vorgeschrieben. So z. B. wenn es sich um den Nachlaß des Pachtzinses wegen Mißwachses (l. 8 und l. 19 in fine C. de locato 4,65), oder um Rückerstattung von Früchten an den früheren Pächter (l. 18 h. t.) handeln würde, oder wenn Jemand vom Bauernstande ein Testament errichten wollte (l. 31 C. de test. 6, 24: rusticanis concedimus, antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere), ferner, wenn der Bau eines neuen Hauses an die Stelle des eingerissenen alten mit der Aenderung der Fronte vorgenommen werden sollte (l. 3 C. de aedificiis privatis 8,10) u. s. w.

Die angeführten Fälle werden wohl genügen, um darzuthun, daß die meisten Stellen, in denen von consuetudo oder mos regionis, civitatis u. dgl. gesprochen wird, von einem Gewohnheitsrecht gar nicht handeln. Wo ein particuläres Gewohnheitsrecht zugelassen war, da muß ihm schon ein weiteres wennauch begränztes Gebiet zur Bildung zugewiesen worden sein und ein solches haben die Compilatoren nach dem oben Ausgeführten für jene Fälle angenommen, in denen es sich

um Supplirung des Willens der Partheien bei Privatrechtsgeschäften handelte[33]).

Wir wenden uns nun dem allgemeinen Gewohnheitsrechte zu. Daß dasselbe als Rechtsquelle durch Justinian nicht ausgeschlossen war, geht aus § 10 const. Deo auctore klar hervor. Savigny[34]) nimmt es zwar als kaum denkbar an, daß neben den Justinianischen Rechtsbüchern ein derartiges Gewohnheitsrecht hätte fortdauern mögen, da alles Bedeutende, was auf diesem Wege vormals entstanden war, in den Digesten oder dem Codex seine Stelle gefunden hatte. Auch behauptet er, daß nach dem Erlöschen der klassischen Rechtsliteratur es meist an der frischen nationalen Kraft fehlte, die zu neuer Rechtsbildung erfordert wird und wenn auch zu Zeiten ein äußeres Bedürfniß dazu antrieb, es doch fast immer der kaiserlichen Gesetzgebung bedurfte, um dem neuen Rechtsinstitut eine bestimmte Gestalt zu geben. So gern wir aber dieser Ansicht im Allgemeinen auch beipflichten, so müssen wir andererseits hervorheben, daß selbst Justinian die Möglichkeit der Unvollständigkeit seiner Sammlungen, also allfälliger Lücken in seinem gesetzgeberischen Werke zugegeben hat. Sagt er doch in § 16 const. Tanta: Sed et si quid forsitan pratermissum est, quod in tantis millibus quasi in profundo positum latitabat, et, cum idoneum fuerat poni, obscuritate involutum necessario derelictum est; ebenso weiter in § 18: Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero iuris conditio semper in infinitum decurrit et nihil est

33) Anders faßt die Sache Puchta (Gewohnheitsrecht, I. p. 75 ff.) auf. In vielen von den oben bezogenen Stellen erblickt er ein particuläres Gewohnheitsrecht, nur in einigen (darunter l. 31 § 20. D. de aedil. edicto und l. 34. D. de r. i.) schließt er es aus, aber aus dem Grunde, weil sie angeblich von einer consuetudo im natürlichen Sinn handeln.

34) System, I. p. 77.

in ea, quod stare perpetuo possit, non desperamus, quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. Würde sich beim Vorhandensein solcher Lücken ein allgemeines Gewohnheitsrecht gebildet haben, dann hätte es der Richter als verbindliches Recht anerkennen müssen.

Bestätigt wird dies durch den natürlichen Wortsinn der l. 32 D. de legibus: de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est, sowie jenen der l. 33 h. t. (Ulpianus): diuturna consuetudo pro iure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet und es macht keinen Unterschied, ob wir die consuetudo hier als eine allgemeine oder particuläre auffassen[35]). Eine mehr indirekte Unterstützung für unsere Ansicht finden wir in cap. 1 nov. 134, wo Justinian nur dem, quod male excogitatum est, die Bestättigung longa consuetudine versagt.

Freilich war es bei der ungeheuren Ausdehnung des römischen Reiches und bei den verschiedenen Volkselementen unmöglich, an ein Gewohnheitsrecht zu denken, das von der Ueberzeugung der Einwohner des ganzen Staates getragen worden wäre, aber die consuetudo Romae konnte, da sie überall hat beobachtet werden müssen, den Charakter eines allgemeinen Gewohnheitsrechts annehmen. Uebrigens unterliegt es keinem

35) Puchta interpretirt diese Stellen ganz anders (Gewohnheitsrecht, I. p. 87 ff.). Ueberhaupt können wir seine p. 74 und 75 entwickelte Ansicht über die im Titel de legibus vorkommenden Fragmente, die von dem Gewohnheitsrecht handeln, nicht theilen und wenn diese Stellen ursprünglich sich wirklich nur auf particuläre Gewohnheitsrechte bezogen hätten, so werden sie mit Ausnahme der l. 34 von den Compilatoren gewiß nicht mit einer so beschränkten Bedeutung aufgenommen worden sein. Consequenterweise müßte man den Schlußsatz in l. 32 § 1. ebenfalls auf Ortsgewohnheiten beziehen, was wohl auch Puchta nicht zugegeben hätte.

Zweifel, daß dergleichen Regeln sehr bald in den Bereich der Gesetzgebung einbezogen worden wären[36]).

Was aber das Verhältniß des allgemeinen Gewohnheitsrechts zu den in die Justinianische Sammlung aufgenommenen Rechtssätzen anbelangt, so glauben wir auf Grund unzweifelhafter Aussprüche dieses Kaisers behaupten zu können, daß das erstere die letzteren nicht hat beseitigen können und daher contra legem nicht zugelassen war.

Dafür sprechen vor Allem die früher angeführten Stellen aus Justinians Publicationsverordnungen, welche ausdrücklich bestimmen, daß für jene Fälle, auf welche die Rechtsbücher Bezug genommen haben, nur diese letzteren in Anwendung gebracht werden dürfen.

Ferner sagt der Kaiser bei Kundmachung der zweiten Ausgabe seines Codex im § 4. const. cordi nobis: hoc nemini dubium est, quod, si quid in posterum melius inveniatur et ad constitutionem necessario sit redigendum, hoc a nobis et constituatur et in aliam congregationem referatur, quae novellarum nomine constitutionum significetur. Auch hier ist die Gesetzgebung als das einzige Mittel zur Verbesserung der in der Sammlung enthaltenen Rechtssätze bezeichnet. Die Worte et ad constitutionem necessario sit redigendum stehen dieser Annahme nicht entgegen, nachdem jede wesentliche Aenderung der obigen Rechtssätze für die Re-

36) War doch die kaiserliche Gesetzgebung schon seit Hadrian bemüht, alles Reformbedürftige in ihre Hand zu nehmen. Cf. § 18. const. Tanta: cum et ipse Julianus, legum et edicti perpetui subtilissimus conditor, in suis libris hoc retulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. Ein specielles Beispiel liefert uns Ulpian in Bezug auf das Verbot der donationes inter virum et uxorem, das durch Gewohnheitsrecht eingeführt, später schon durch die Antonine im Gesetzgebungswege geregelt wurde (ll. 1. 3. D. de don. inter v. et u. 24, 1).

daction in der Gesetzgebung als nothwendig hat erachtet werden müssen.

Sehr gut wird unsere Meinung unterstützt durch die 106te Novelle, in welcher es sich darum handelt, die in Bezug auf Verzinsung der pecunia traiectitia bestandene Gewohnheit in eine gesetzliche Form umzuwandeln (ut sacra iussio a nobis edatur, quae consuetudinem illam in manifestissimam legem transferat). Diese Gewohnheit war von zweierlei Art. Der Gläubiger konnte nämlich entweder von je 10 Goldstücken, die er über die See ausgeliehen, eines an jährlichen Zinsen und außerdem Zollfreiheit für so viele auf das Schiff verladene modii verlangen, als er solidi dargeliehen hatte[37]) — oder, er konnte den achten Theil des Capitals für die Zeit der Seereise ohne Rücksicht darauf, ob dieselbe kurz oder lang dauern wird, als Zins beanspruchen[38]). Im 1ten caput bestättigt nun Justinian beide Gewohnheiten (illa nunc et in omne futurum tempus obtineant), fügt aber, was für unsere Ansicht höchst wichtig ist, als Grund hinzu, quia cum legibus iam latis non pugnant. Factisch standen jedoch beide gewohnheitliche Arten mit der Bestimmung der l. 26 § 1 C. de usuris (4.32) und zwar mit den Worten: in traiecti-

37) et si quidem creditoribus placuerit, in unumquemque pecuniae solidum, quem dederint, unum modium tritici aut hordei navi imponere, nec mercedem pro eo publicis portitoribus solvere, sed quantum ad eos scaphas sine vectigali ambulare, et hunc eos percipere fructum ex pecunia, quam crediderint (da der Zoll offenbar vom Schuldner entrichtet werden mußte), et praeterea pro decem aureis unum solum usurarum nomine in singulas pecuniae decades accipere, ad ipsos autem creditores spectare periculum eventus;

38) si vero creditores hanc viam (sc. sub 37) non eligant, octavam partem pro unoquoque solido usurarum nomine non ad certum quoddam tempus numerandarum, sed donec navis salva redierit, accipere.

tiis autem contractibus vel specierum foenori dationibus usque ad centesimum tantummodo licere stipulari, nec eam excedere in Widerspruch, denn sowohl bei der ersten wie bei der zweiten Art konnte das Zinsenmaß die gesetzlichen 12 Percent überschreiten. Was war nun die Folge? Daß Justinian ein halbes Jahr darauf, bevor noch die Kundmachung der Novelle in allen Provinzen erfolgte, die Bestimmungen derselben durch die 110te Novelle beseitigte. So verordnet er in der letzteren: ut lex illa (nov. 106) plane cesset, et si eam in provincias missam esse contingat, ibi non valeat, sed invalida sit; atque ita rem illam procedere volumus, quasi dicta lex nunquam scripta esset, sed secundum leges de illis a nobis iam latas negotia examinentur et decidantur. Die Verfügung quasi dicta lex nunquam scripta esset reichte hin, um die Bestimmungen des Codex aufrecht zu erhalten, während sonst, falls das Gewohnheitsrecht den kundgemachten Gesetzen gegenüber eine derogirende Kraft gehabt hätte, noch die ausdrückliche Aufhebung der conträren Gewohnheiten und beziehungsweise des durch sie eingeführten Gewohnheitsrechts, sowie die neuerliche Kundmachung der Bestimmungen im Codex erforderlich gewesen wäre.

So ist also hier an einem einzelnen Falle die Unmöglichkeit eines den Bestimmungen der Justinianischen Rechtsbücher entgegenstehenden Gewohnheitsrechts dargethan. Es wäre aber auch schwer begreiflich, daß Justinian, der seine Rechtssammlungen als etwas Unantastbares hinstellte, der sogar die Erläuterung derselben verboten und nur Uebersetzungen von ihnen und die Veranstaltung kurzer Auszüge von einzelnen Titeln bewilligt hat[39]), es zugelassen haben würde, daß das

39) Vgl. die bekannten Verbote in § 12 const. Deo auctore, § 21 const. Tanta, § 5 const. Cordi.

Gewohnheitsrecht als solches die in denselben enthaltenen Vorschriften beseitigen und durch andere ersetzen hätte können.

Dem steht nicht entgegen, daß die l. 37 D. de legibus (Paulus) für solche Fälle, wo es sich um eine interpretatio legis handelt, verordnet: in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima est enim legum interpres consuetudo, da diese Bestimmung bloß den Zweck hatte, eine Gleichmäßigkeit in der Anwendung der Gesetze auf ähnliche Fälle bei den verschiedenen Gerichten herbeizuführen.

Die Entwickelung des Gewohnheitsrechts nahm in Rom denselben Verlauf, wie in so vielen anderen Staaten. Anfangs fast die alleinige Erscheinungsform des geltenden Rechts trat es mit der Zeit immer mehr in den Hintergrund und zwar im gleichen Maße, als die eigentliche Gesetzgebung sich entwickelte, als insbesondere die Form der letzteren leichter und beweglicher wurde. Deshalb hat schon Gaius auf das Gewohnheitsrecht so wenig Gewicht gelegt, daß er es unter die Rechtsquellen gar nicht aufgenommen[40]). Der Kaiser Julian hat in seiner Verordnung vom J. 363 diesem Rechte ziemlich enge Gränzen vorgesetzt[41]), aber noch früher scheint Constantin weiter gegangen zu sein, indem er der consuetudo wohl eine non vilis auctoritas zuschrieb, aber die derogirende Kraft derselben dem Gesetze gegenüber nicht anerkennen wollte und Keller hat gewiß Recht, wenn er diese Vorschrift mit dem absoluten Wesen Constantins in Verbindung bringt. Zwar ist dieselbe späterhin nicht mit aller Strenge durchgeführt worden,

40) Lenz, geschichtliche Entstehung des Rechts, p. 163; Jhering, Geist des röm. Rechts, II. p. 37.

41) Ideoque cum nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt, permanebunt (l. 1 Cod. Theod. de longa consuet. 8.12).

den Compilatoren der Justinianischen Rechtssammlung hat sie aber mit Rücksicht auf die Absichten ihres Kaisers vollkommen entsprochen und wir erblicken darin den einfachsten und natürlichsten Grund, warum gerade jene Verordnung in den das Gewohnheitsrecht behandelnden Codextitel quae sit longa consuetudo aufgenommen wurde.

Für die Gesetzgebung war die Gewohnheit wohl auch fernerhin ein wichtiger Fingerzeig, um durch Abfassung neuer Gesetze den bestehenden Rechtszustand den Volksbedürfnissen gemäß zu verbessern. Am ehesten konnte sich die Gewohnheit in solchen Fällen manifestiren, wo es nicht so sehr um neue, an die Stelle der bisherigen einzuführende Rechtssätze, als vielmehr um reine Beseitigung unpraktischer und überflüssiger Vorschriften zu thun war. Sie wurden einfach nicht beachtet, bei ihnen konnte factisch eine desuetudo Platz greifen. Aber zum Zwecke ihrer vollkommenen Beseitigung mußte doch die Gesetzgebung in Anwendung gebracht werden.

Ein Beispiel bietet uns die von Constantin herrührende l. 1 C. de natur. liberis (5.27), in welcher die Nachtheile aufgezählt werden, denen gewisse Standespersonen (senatores, perfectissimi etc.) ausgesetzt waren, falls sie ihre natürlichen, von bestimmten Frauen (ancilla, liberta, scenica etc.) geborene Kinder als rechtmäßig anerkannt hätten, in welcher ferner die Nichtigkeit einer jeden materiellen Zuwendung, die vom Vater zu Gunsten solcher Kinder oder deren Mutter erfolgte, ausgesprochen und das Recht auf derartige Zuwendungen anderen Personen zugesprochen wird. Diese Verordnung ist durch Justinian im J. 539 im 15ten caput der 89 Novelle außer Kraft gesetzt worden und zwar mit den Worten: Quare licet a Constantino piae memoriae in constitutione ad Gregorium scripta quaedam de his liberis tradita sint, illa non recipimus, quia desuetudine etiam sublata sunt. Nam phoeni-

carchorum et syriarchorum et praesidum, et illustrium et clarissimorum meminit, neque vult, ut ex ipsis nati naturales sint, imperialis munificentiae mansuetudinem illis denegans; quam constitutionem plane tollimus. Die desuetudo war hier offenbar ein sehr wichtiger Grund für die Aufhebung der Constantinischen Verordnung, aber sie allein wäre gewiß nicht im Stande gewesen, den Richter, falls die Parteien es auf einen Proceß hätten ankommen lassen, von der praktischen Anwendung der l. 1 C. de nat. lib. abzuhalten, deshalb mußte noch deren ausdrückliche Aufhebung im Gesetzeswege erfolgen.

Andererseits mag vielleicht die Zulässigkeit einer solchen desuetudo, da sie doch factisch durchführbar war, bei den Compilatoren weniger Anstoß erregt und dies möglicherweise dazu mitgewirkt haben, daß sie den vielerwähnten Ausspruch Julians im Schlußsatze des § 1 l. 32 D. de legibus ebenfalls aufgenommen haben. Eine eigentliche dogmatische Bedeutung kann man jedoch diesem Satze nicht beimessen. Schon der Inhalt des bezüglichen Fragmentes beweist es zur Genüge, daß derselbe wesentlich rechtshistorischer Natur ist. Das Gleiche gilt von den meisten Stellen, die aus dem Digestenwerk Julians in den Titel de legibus aufgenommen wurden. Fr. 10. 12. handeln von eigentlichen leges und senatus consulta, fr. 11 bezieht sich auf die constitutiones principum, das vielbesprochene fr. 32 hat endlich den Zweck, den Begriff des Gewohnheitsrechts festzustellen und sein Verhältniß zu den geschriebenen Rechtsquellen auseinanderzusetzen. Nothwendig war das schon mit Rücksicht auf die Bedeutung, welche jenes Recht als selbständige Rechtsquelle bisher gehabt hat[42]), dann aber auch des-

42) Es ist genügend, auf jene Stellen im corpus iuris hinzuweisen, welche von Rechtsfällen handeln, die dem Gewohnheitsrecht ihre Ent-

halb, weil ihm Justinian neben seinen Sammlungen immer noch eine wichtige Stellung angewiesen hat. Julian selbst wird den Ausdruck leges in seiner ursprünglichen und eigentlichen Bedeutung genommen haben, die Compilatoren jedoch — das beweist die in den Worten suffragio legislatoris vorkommende Interpolation[43]) — legten ihm einen viel weiteren Sinn bei, aber sicher nicht den, daß damit die Justinianische Gesetzgebung als solche, beziehungsweise die in seine Rechtsbücher aufgenommenen Vorschriften gemeint worden wären. Durch die desuetudo konnten ja seit jeher nicht allein leges, sondern auch senatusconsulta und schließlich kaiserliche Constitutionen außer Kraft gesetzt werden. Es ist daher erklärlich, wenn die Compilatoren diesen wichtigen Umstand nicht unerwähnt gelassen und ihn an einem Orte angeführt haben, der dafür schon deshalb am geeignetesten erschien, da neben ihm (2ter, 3ter und 4ter Titel des 1ten Buches) von allen früheren Rechtsquellen gehandelt wird, denen dieser Charakter nach Kundmachung der Justinianischen Rechtssammlung benommen war.

Ein gleiches Bewandniß hat es mit § 11 I. de iure naturali (1,2) und zwar mit den Worten: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata. In dem bezüglichen Titel werden die Begriffe des ius civile, naturale und gentium angeführt, sowie die verschiedenen Quellen des ius scriptum zum Theile in ihrer historischen Nacheinanderfolge aufgezählt. Das Verhältniß des Gewohnheitsrechts zu demselben war nun wirklich ein solches, wie es oben bezeichnet erscheint und zwar war es noch so beschaffen während der Ab-

stehung verdanken. Vgl. Brissonius, de verborum significatione unter dem Ausdrucke mores.

43) Puchta, Vorlesungen, I. Beil. I.

fassung der Institutionen, die bekanntlich auf geschichtlicher Grundlage erfolgte (§ 3 proem. Inst.).

Anders jedoch gestaltete sich dieses Verhältniß, als Justinian das ganze geltende Recht in seiner Sammlung codificirt hatte. Diesem Gesetzbuche gegenüber konnte das Gewohnheitsrecht seine frühere Kraft nicht mehr behaupten. War sein Einfluß mit der steigenden Entwicklung der Gesetzgebung ein immer geringerer, so mußte ihm jetzt in Beziehung auf die in den Rechtsbüchern enthaltenen Gesetze eine direkte Schranke entgegengesetzt werden.

Justinian stellte sich in dieser Hinsicht auf denselben Standpunkt, welchen auch in der neueren Zeit jeder Gesetzgeber, sobald er zu einer umfassenden Codification geschritten ist, eingenommen hat und unseres Erachtens auch fernerhin wird einnehmen müssen[44]).

Es ist aber auch der einzig richtige Standpunkt, wenn man in dem Rechtszustande eine gewisse Stabilität bewahren und bei Aenderungen desselben die Rechtsunsicherheit möglichst hintanhalten will[45]).

Die hier vertretene Ansicht, welche früher so ziemlich die herrschende war[46]), ist in neuerer Zeit vielseitig angegriffen worden, aber die Ursache davon lag darin, daß man ehemals zu derselben aus einer irrigen Vorstellung über den Begriff des Gewohnheitsrechts gelangte. Sobald dieser Begriff richtig aufgefaßt worden, beging man wieder den Fehler, daß man das an sich richtige Princip der gleichen Kraft des Gesetzes

---

44) Auch im würtembergischen Privatrecht ist die consuetudo contra legem nicht zugelassen. Wächter, Handbuch des würt. Privatrechts, II. §. 9.

45) Vgl. Dworzak, Studien auf dem Gebiete des österr. Privatrechts in Haimerl's österr. Vierteljahresschrift, VII, p. 59 ff.

46) Unger, System, I. p. 35.

und des Gewohnheitsrechts nach jeder Richtung strenge hat durchführen wollen, ohne zu bedenken, daß sich dasselbe bisher in jedem Staate nur durch eine gewisse Zeit geltend machte und daß bei entwickelten Staaten zur Aufrechthaltung dieses Princips gar kein Bedürfniß vorliegt, ja, daß in solchen Staaten es vielmehr nothwendig erscheint, damit die Gesetzgebung das Gebiet des geltenden Rechts soweit als möglich umfasse[47]).

Demgemäß ist auch im Motivenbericht zum Entwurfe eines bürg. Gesetzbuches für das Königreich Sachsen der große Nutzen des Gewohnheitsrechts in der Rechtsgeschichte aller Völker zwar ausdrücklich hervorgehoben aber zugleich bemerkt worden, daß „das Bedürfniß eines solchen Rechts nach dem Erscheinen geschlossener Gesetzbücher, bei einem wachsameren Auge des Gesetzgebers, namentlich in weniger umfangreichen Staaten offenbar in den Hintergrund trete und es deshalb kaum noch nöthig sei, auf die Nachtheile hinzuweisen, welche die Begünstigung der Rechtsgewohnheiten auf die Gleichheit des Rechts in Betreff der Schwierigkeit der Beweisführung und selbst in materieller Hinsicht für Personen hat, welche bei ihrer Begründung unbetheiligt, nicht einmal die nöthige Kenntniß davon haben können[48])". Diesen Worten fügen wir nur die Bemerkung bei, daß in großen Staaten aus natürlichen Gründen jene Nachtheile viel stärker hervortreten müssen.

Die Worte des erwähnten Berichtes beziehen sich ebenso auf das Gewohnheitsrecht contra, wie auf das praeter legem und es könnte noch die Frage aufgeworfen werden, ob es rathsam sei, das Gewohnheitsrecht auch auf letzterem Gebiete aus-

47) Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, I. p. 27; Schwanert, Gesetz und Gewohnheit, eine Rectoratsrede (1873) p. 9. 15. 25. 26.

48) Unger, Entwurf eines bürg. Gesetzbuches für das Kön. Sachsen (1853), p. 47.

zuschließen? Unserer Ansicht nach kann selbst diese Ausschließung bei einer umfassenden Codification des allgemeinen Privatrechts nichts schaden, insbesondere in Staaten mit einer Repräsentativverfassung, denn, bevor noch eine gewisse im Volke wurzelnde Idee durch Vermittlung der Gewohnheit sich zu einem wahren Gewohnheitsrecht gestaltet hat, können Regierung oder Volksvertretung die Initiative ergreifen und den bestehenden Rechtszustand auf verfassungsmäßigem Wege durch ein neues der Volksansicht entsprechendes Gesetz ändern oder ergänzen.

Die letzte Bemerkung wollen wir insbesondere Jenen gegenüber betonen, welche die Durchführung einer Beschränkung des Gewohnheitsrechts als etwas Unmögliches bezeichnen. So sagt Windscheid:[49]) „das Gesetz kann nicht bestimmen, daß Recht nicht Recht sei, es kann ebenso wenig einem künftigen Gewohnheitsrecht die Kraft nehmen, wie einem zukünftigen Gesetz". Maurer[50]) beurtheilt derartige Verbote ebenso, als wenn sich ein Gesetz als eine lex in perpetuum valitura hinstellen würde. Selbst Schwanert[51]) glaubt, daß die staatliche Nichtanerkennung des Gewohnheitsrechts schließlich eine wirkungslose wäre, „denn die Macht der Gewohnheit ist eine allumfassende und unterwirft sich auch die Organe des Staats und und damit den Staat selbst, der bei aller Selbständigkeit und Unterschiedenheit von dem Volke doch nur in und mit dem Volke lebt und deshalb wesentlich in gleicher Weise, wie die Einzelnen das Bewußtsein der Willkür und den Willen gegenüber der Gewohnheit verliert".

Will man mit derartigen Aeußerungen die praktische

---

49) Pandekten, §. 18 Note 3.

50) In der Pözl'schen krit. Vierteljahresschrift, XIV, p. 49 bei Besprechung des deutsch en Privatrechts von Stobbe.

51) Gesetz und Gewohnheit, p. 21.

Durchführbarkeit der erwähnten Verbote in Zweifel ziehen, so ist das unrichtig, da Niemand den von der Staatsgewalt bestellten Richter zwingen kann, nach anderen Regeln als nach jenen des kundgemachten Gesetzes Recht zu sprechen. Dasselbe ist auch schon von vielen Seiten bemerkt[52]) und in neuester Zeit wieder von Bruns in treffender Weise ausgeführt worden. „Wie beim Einzelnen, sagt er, der Wille über den Gewohnheiten steht, sofern er nur die Kraft hat, ihn durchzuführen, so steht auch im Staate das Gesetz über der Rechtsgewohnheit. Das Gesetz ist der unmittelbare Wille des Staates, es gilt nicht, weil es gut und volksthümlich ist, sondern weil es Staatswille ist und dessen Macht hinter sich hat. Die Gewohnheit hat an sich keine andere Macht hinter sich, als die ideale der Nationalität. Damit übt sie zwar friedlich eine stille Gewalt über das Volk aus, daß es von selbst thatsächlich ihr folgt; allein daß der Arm des Staates sie gegen Widerstrebende beschützen müsse, folgt daraus nicht. Der Staat kann sich mit den Neigungen und Gewöhnungen des Volkes in Widerspruch setzen und seinen Richtern verbieten, Gewohnheiten zu berücksichtigen[53])".

Will man aber den früher angeführten Behauptungen den Gedanken unterstellen, daß alles dasjenige, was der wahren Volksüberzeugung entspricht, schließlich sich Geltung verschaffen werde und zwar in jener Form, welche in dem betreffenden Staate für das verbindliche Recht angenommen ist, dann haben wir gegen eine solche Ansicht nichts einzuwenden. Denn damit ist ja nur die Macht der Geschichte anerkannt, welcher jedes Volk und jeder Staat unterworfen ist. In diesem Sinne äußert sich auch Bruns weiter am Schlusse: „Der Staat muß zwar die Zersplitterung seiner einheitlichen Gesetze durch Particular-

52) Unger, System, I. p. 37, Note 16; Meier, Rechtsbildung, p. 19; Stobbe, deutsches Privatrecht, I. p. 137.

53) Holtzendorff, Encyklopädie, p. 322.

Gewohnheiten verhindern, nicht aber kann er vernünftigerweise den Einfluß, den die Aenderuug des ganzen Nationallebens in der Gewohnheit ausübt, verbieten wollen[54])".

Mag aber auch in Folge der Einführung umfassender Gesetzbücher die verbindliche Kraft dem Gewohnheitsrecht benommen sein, die Gewohnheit als solche wird nie aufhören, ein wichtiger Factor bei Begründung von Rechtsverhältnissen und zwar in Bezug auf den Inhalt derselben zu sein. Der Richter wird sie namentlich dort berücksichtigen müssen, wo das zwingende Gesetz nicht mehr hinreicht, wo also der Wille der Parteien der Rechtsvorschrift vorangeht. Auf diese Art wird die Gewohnheit immer eine Interpretationsquelle für die Willenserklärung der handelnden Personen bilden[55]).

Diese Bemerkung führt uns zu den neueren Codificationen und wir wollen noch in Kürze untersuchen, inwiefern Gewohnheitsrecht oder Gewohnheit durch dieselben überhaupt zugelassen erscheinen.

Was zunächst das preußische Landrecht anbelangt, so ist in demselben das Gewohnheitsrecht der Regel nach als Rechtsquelle ausgeschlossen[56]), doch sind Observanzen praeter legem[57]), sowie dem Provinzialrecht angehörende Gewohnheiten und Observanzen selbst contra legem zugelassen worden, letztere freilich mit der Beschränkung, daß sie im Momente der Landrechtspublication verbindliche Kraft gehabt haben[58]).

Aus diesem Grunde hat es nichts zu bedeuten, daß für den Fall, als das Gesetz nichts enthalten würde, was zur Ent-

---

54) ebenda, p. 323.

55) Schwanert, Gesetz und Gewohnheit, p. 19.

56) Art. VII. des Publicationspatentes, Einleitung, §§. 3 und 60.

57) Einleitung, §. 4 und Art. VII. des Publ. pat.

58) Art. III und VII des Publ. pat., dazu Koch, allgem. Landrecht (4te Aufl.) I. p. 11 Note 14 und 15; Dernburg, preuß. Privatrecht, I. p. 36.

scheidung eines streitigen Falles dienen sollte, der Richter im § 49 der Einleitung angewiesen wurde, nach den im Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen seiner besten Einsicht gemäß zu entscheiden, da dort, wo Observanzen vorkommen, der Richter früher diese berücksichtigen muß und erst, wenn sie sich nicht anwenden ließen, zu der Regel des § 49 schreiten darf[59]).

Dabei versteht es sich von selbst, daß Ortsgebräuche als Interpretationsmittel des wenngleich stillschweigend erklärten Parteiwillens dienen können[60]).

Im französischen Civilrecht ist die Beobachtung von Gewohnheiten bei Verträgen auf dem Gebiete des ius dispositivum im Art. 1135[61]) ausdrücklich angeordnet worden. Die Bestimmungen des Art. 1648 (bezüglich der redhibitorischen Klage), sowie jene der Art. 1736, 1754, 1758, 1759 und 1762 (bezüglich der Miethverträge) könnten wohl als Anwendung dieses Grundsatzes bezeichnet werden, doch ist es richtiger, in diesen Fällen ein Gewohnheitsrecht nicht anzunehmen, da hier überall die Beobachtung der betreffenden Ortsgebräuche auf dem Willen des Gesetzgebers beruht. Ebenso verhält es sich mit den in den Art. 590, 591, 593, 663, 671 und 674 bezogenen usages particuliers, usages des lieux, du pays.

Dagegen hat das österreichische bürgerliche Gesetzbuch im § 10 bestimmt, daß auf „Gewohnheiten nur in Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden kann“. Es ist aber schon früher ausgeführt

---

59) Koch, p. 30. Note 8.

60) Koch, ebenda; Dernburg, p: 37.

61) Les conventions obligent non seulement à ce, qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites, que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

worden, daß dann kein Gewohnheitsrecht vorliegt, sondern die Verpflichtung zur Einhaltung des bestimmten Gebrauches in der gesetzlichen Anordnung ihren Grund hat. Mit Rücksicht auf diesen Umstand, sowie auf den IVten Absatz des Kundmachungspatentes, in welchem alle früheren auf die Gegenstände des allgemeinen bürgerlichen Rechts sich beziehenden Gewohnheiten außer Wirksamkeit gesetzt worden sind, muß daher behauptet werden, daß im österreichischen Civilrecht jedes Gewohnheitsrecht als solches, ohne Unterschied, ob allgemeines oder particuläres, vollständig beseitigt erscheint.

Das ist zwar auch die Ansicht Ungers[62]), doch unterscheidet dieser Rechtsgelehrte nach dem Vorgange Puchta's das eigentliche Gewohnheitsrecht von solchen Gewohnheiten, welche keine Rechtsregel begründen, sondern als eine bloße Wiederkehr gleichförmiger Handlungen erscheinen, die ihren Grund nicht in einer Rechtsüberzeugung, sondern in dem rein äußerlichen Satz consuetudo est altera natura haben. Auf solche Gewohnheiten — und dazu zählt Unger auch die im bürgerlichen Gesetzbuche bezogenen Orts- und Landesgebräuche — ist nun nach seiner Ansicht, selbst ohne ausdrückliche Berufung von Seite des Gesetzbuchs Rücksicht zu nehmen, vorausgesetzt, daß die Parteien die Sitte kannten und sich ihr somit stillschweigend unterwarfen[63]). Sollten dann aber Gewohnheiten, welche den Inhalt eines Rechtssatzes zu bilden und daher eine Rechtsregel zu begründen im Stande wären, von einer solchen Berücksichtigung ausgeschlossen sein? Nachdem das Gewohnheitsrecht im österreichischen Privatrecht gänzlich beseitigt wurde, so können ja auch die vorerwähnten Gewohnheiten nur den Charakter einer gewöhnlichen Sitte, oder, wie Puchta sie nennt, einer

---

62) System, p. 36.

63) Unger, ebenda, p. 40 und Note 34 (p. 41).

consuetudo im natürlichen Sinn annehmen. Warum sollen sie daher anders, als diese letztere behandelt werden? Diese ganze Unterscheidung ist daher schon aus diesem Grunde für das österreichische Civilrecht überflüssig. Aber abgesehen davon, wäre es vergebliche Mühe, ein Kriterium zu finden, das die Durchführung derselben im praktischen Leben ermöglichen würde. Nach was soll man es dann beurtheilen, ob in einer bestimmten Gewohnheit sich wirklich eine Rechtsüberzeugung der Handelnden documentirt, oder ob wir es mit einer gewöhnlichen Sitte zu thun haben? In dieser Beziehung wird es wohl angemessen sein, auf die treffenden Ausführungen Jhering's hinzuweisen, der alles Dasjenige, was die Römer mit den Ausdrücken mores maiorum, consuetudo, usus longaevus bezeichnet haben, in dem deutschen Ausdruck Sitte wiedergiebt und darin den Begriff des Gewohnheitsrechts aufgehen läßt[64]. Aus den von Unger angeführten Beispielen wird man auch schwerlich Klarheit in dieser Richtung gewinnen. Warum sollte z. B. in dem Falle, wenn an einem Orte die Sitte, das Miethgeld voraus zu bezahlen besteht[65]), oder, wenn es in einer Gegend üblich wäre, den Dienstboten das Handgeld nicht in den Lohn einzurechnen, sondern als Daraufgeld zu belassen, der

---

64) Geist des römischen Rechts, II. p. 27. Wenn er andererseits schon hier und ausführlicher noch an einer anderen Stelle (p. 283 ff.) das Thatsächliche in der Sitte besonders hervorhebt, so hat diese Anschauung für die begriffliche Entwicklung der Sitte in der römischen Rechtsgeschichte ihre Berechtigung. In späterer Zeit nahm aber auch hier die Sitte den Charakter eines Rechts an und sie war zum wenigsten ebenso, wie die durch Sitte immerfort angewendeten Formulare in Obligationsverhältnissen „Vorläufer, Surrogat und Fundgrube des dispositiven Rechts“ (p. 285).

65) Uebrigens müßte in Oesterreich, falls darüber von den Parteien nichts verabredet, mithin gar keine Willenserklärung erfolgt worden wäre, der Vermiether sich die decursive Zahlung gefallen lassen (§. 1100 des Gb.).

eine oder andere Gebrauch Gegenstand eines Gewohnheitsrechts nicht sein können, da beide recht gut den Inhalt einer Rechtsregel bilden können. Es ist aber auch unrichtig, diese Fälle mit dem Gebrauch, bei einer Leichenfeier einen Leichenschmaus zu halten, oder nach geschlossenem Handel in's Gasthaus zu gehen und Wein zu trinken, auf gleiche Linie zu stellen, da diese letzteren in rechtlicher Beziehung von gar keinem Belange sind.

Nach unserer Ansicht war der § 10 bestimmt, die vollständige Beseitigung eines jeden Gewohnheitsrechts auf dem Gebiete des österr. allgemeinen Privatrechts durchzuführen. Doch geben wir es zu, daß auch der österr. Richter manchmal genöthigt ist, selbst in den vom Gesetze nicht berufenen Fällen auf Ortsgebräuche Rücksicht zu nehmen, dies aber nur dann, falls er aus irgend einer Ausdrucksweise oder aus dem bloßen Stillschweigen der Parteien den gegründeten Schluß ziehen könnte, daß sie bei einem Rechtsgeschäfte den betreffenden Ortsgebrauch angewendet haben wollten. Das ist aber eine reine Thatfrage und insofern sind auch nach österr. Civilrecht Ortsgewohnheiten als Mittel zur Interpretation (aber nicht zur Supplirung) des Willens der Parteien bei Privatrechtsgeschäften zugelassen.

Auf demselben Standpunkte steht das bürgerliche Gesetzbuch für Sachsen, ungeachtet es in jenem §fen, in dem das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle beseitigt wurde (I Theil I Abth. § 28) bestimmt, daß „soweit Rechte durch die Willkür der Betheiligten begründet werden können, Gewohnheiten zu berücksichtigen sind", denn dieser Satz, welcher sonst die Zulassung des gewohnheitlichen ius dispositivum enthalten würde, hat durch die gleich darauf folgenden Schlußworte: „wenn anzunehmen ist, daß die Betheiligten das in gleichartigen Fällen Gewöhnliche beobachten wollten", eine wesent-

lich andere Fassung erhalten. Damit wurden Gewohnheiten nur als Interpretationsmittel des Parteiwillens bei Rechtsgeschäften zugelassen [66]. Zur Supplirung eines solchen Willens können dagegen nur die leges dispositivae angewendet werden. Wären auch diese nicht vorhanden, dann müßte der Richter ebenso, wie überall dort, wo die Gewohnheit als Rechtsquelle ausgeschlossen erscheint, zur Analogie schreiten.

Dafür wurde im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche im Art. 1 [67]) jedes Gewohnheitsrecht, ohne Unterschied, ob allgemeines oder particuläres, ob absolutes oder dispositives als subsidiäre Rechtsquelle zugelassen. Das dispositive particuläre Handelsgewohnheitsrecht kann sich daher auch nur praeter aber nicht contra legem bilden [68]).

Allgemein wird hier jedoch der früher angegebene Unterschied zwischen eigentlichem Gewohnheitsrecht und gewöhnlicher Sitte (factischer Gebrauch, Usance, Handelsgebrauch, beides im engeren Sinne, nach Goldschmidt Usance im weiteren Sinne) gemacht und ist in neuerer Zeit insbesondere von Goldschmidt, Gerber und Laband einer scharfsinnigen und eingehenden Erörterung unterzogen worden [69]).

---

66) Schmidt, Vorlesungen über sächsisches Privatrecht, I. p. 48.

67) „In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung".

68) Das ist auch die herrschende Ansicht, anders Thöl, Handelsrecht (4te Aufl.) I. p. 67, der den Art. 1 dahin deutet, daß derselbe über das Verhältniß zum bisherigen Recht spricht, aber die bedeutende Frage nach der Möglichkeit eines künftigen gewohnheitlichen oder gesetzlichen Rechts nicht berührt. Vgl. daselbst auch p. 38.

69) Goldschmidt, Handelsrecht I. § 35; Gerber, Juristische Abhandlungen (1872) II. p. 427 ff. (abgesondert im Leipziger Decanatsprogramm vom J. 1871); Laband, die Handelsusancen in Goldschmidt's Zeitschrift für das Handelsrecht. XVII. p. 466 ff.

Daß dieser Unterschied wirklich besteht, wollen wir nicht bestreiten, denn es gibt allerdings Fälle, wo man mit voller Sicherheit sagen kann, hier haben wir es mit einem gewohnheitlichen Rechtssatz, dort mit einer factischen, keiner Rechtsüberzeugung entsprungenen Sitte zu thun, was wir aber nicht einmal für das Handelsrecht zugeben können, das ist der praktische Erfolg, wenn man einen solchen mit jenem Unterschiede in Verbindung setzen wollte und an Versuchen in dieser Richtung hat es gerade in neuester Zeit nicht gefehlt.

Vor Allem müssen wir bemerken, daß es fast unmöglich ist, zwischen den beiden Arten von Gewohnheiten eine solche Gränze festzustellen, welche der Praxis genügende Anhaltspunkte zur Entscheidung streitiger Fälle gewähren würde und diese Schwierigkeit wird auch allgemein anerkannt. Laband (p. 467) bemerkt es ausdrücklich, daß die Usance dem Gewohnheitsrecht sich häufig so sehr nähert, „daß dadurch die Erkenntniß ihrer Natur erschwert und die Gefahr einer Verwechslung mit gewohnheitsrechtlichen Bildungen nahegelegt wird". Wenn er weiter in der Usance nichts anderes als eine höhere Potenz des Geschäftsgebrauchs erblickt, der zwischen zwei einzelnen Geschäftsfreunden sich entwickelt hat (p. 481), so könnte er in vielen Fällen das Gewohnheitsrecht ebenso gut als eine höhere Potenz der Usance bezeichnen, denn der stete gleichförmige Vorgang einer „unbestimmten Vielheit von Contrahenten" auf beiden Seiten wird oft eine jenen Vorgängen entsprechende Rechtsüberzeugung der Handelsleute wachrufen und Goldschmidt bemerkt daher ganz richtig, daß die Usance unter Umständen zur Bildung eines Gewohnheitsrechts führen kann[70]).

70) Handelsrecht I. p. 235. Treffend ist von ihm der Uebergang factischer Gebräuche zum eigentlichen Recht unter Bezugnahme auf l. 81 § 20 de aedil. ed. (21,1) geschildert in seiner Zeitschrift für das Handelsrecht, I. p. 88. Vgl. auch Voigtel, rechtliche Natur der Handelsgebräuche in Busch Archiv, VI. p. 459 ff. und weiter unten Note 80.

Wollte man aber an diesen Unterschied praktische Folgen knüpfen, dann wäre der Proceßlust ein sehr breites Feld geöffnet. Der Streit würde sich regelmäßig darum drehen, ob eine Regel wirklich Ausdruck der gemeinsamen Rechtsüberzeugung sei oder nicht. Freilich hätte der Richter diese Frage von Amtswegen zu untersuchen, von ihrer Beantwortung würde jedoch schließlich das Resultat der Entscheidung abhängen und wir glauben kaum, ob man namentlich vom praktischen Standpunkte es anrathen könnte, solche Fragen zur Grundlage für Proceßentscheidungen zu nehmen.

Am schärfsten scheint uns der obige Unterschied von Gerber[71]) gekennzeichnet zu sein, welcher als charakteristisches Kriterium desselben die subjective Beziehung der Parteien zur Gewohnheit hervorhebt, die wohl bei factischen Gebräuchen, nicht aber beim Gewohnheitsrecht vorausgesetzt werden muß. Laband faßt diesen Unterschied im Wesentlichen ebenso auf (p. 496 ff.), nur führt er seine Ansicht consequenter durch. Deshalb ist auch das Resultat, zu welchem die beiden Rechtslehrer gelangen, ein zum Theile verschiedenes.

Was insbesondere das Verhältniß der Usance zur lex dispositiva anbelangt, so glaubt Gerber, daß jene dieser niemals vorangehen dürfe. Einen dispositiven Satz, meint er, kann wohl die individuelle Willensentschließung der Parteien in jedem einzelnen concreten Falle ausschließen, dies kann jedoch nicht durch die Vermittlung der Massenwirkung eines Handelsgebrauchs geschehen, da sich diese praktisch dem Erfolge eines derogatorischen Gewohnheitsrechts annähern würde[72]). Zu dieser Anschauung gelangt jedoch Gerber dadurch, daß er die Begriffe der Ergänzung und Auslegung des Parteiwillens identi-

71) Abhandlungen, p. 434.
72) ebenda, p. 436.

ficirt[73]). Wo es sich um Supplirung eines solchen Willens handelt, wird allerdings die lex dispositiva vorgehen, denn diese kommt überall dort zur Anwendung, wo die Parteien ihren Willen gar nicht erklärt haben. Anders bei der bloßen Auslegung, diese bezieht sich auf eine vorhandene Willenserklärung, mag solche ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt sein, wo aber eine Willenserklärung vorliegt, da muß der dispositive Satz weichen.

Mit unserer Ansicht, die den Bestimmungen der Art. 278 und 279 vollkommen entspricht, stimmen die Ausführungen Labands[73a]) überein, obwohl bei ihm die Begriffe der Willensergänzung und Willensauslegung auch nicht überall mit genügender Schärfe auseinandergeschieden sind[74]). Dagegen können wir uns mit der weiteren Anschauung Labands, welcher den obigen Umstand als etwas die Usance im Gegensatze zum Gewohnheitsrecht charakteristisch Bezeichnendes auffaßt, nicht einverstanden erklären. Laband behauptet nämlich, daß an die Sphäre, wo die Geltung der dispositiven Rechtssätze beginnt, wo es sich also bei mangelnder Vertragsfestsetzung um Supplirung des Parteiwillens handelt, die Usance nicht mehr hinreicht, nachdem dazu nur das Gewohnheitsrecht geeignet erscheint. Ebenso verhält es sich umgekehrt und darum weist Laband die Befürchtung zurück, daß der Handelsgebrauch die Einheit des Rechts stören würde, wenn man ihn als maßgebende Interpretationsquelle anerkennt. Dies zu thun vermag

73) Er sagt ja unmittelbar früher, „daß der Richter den Willen der Parteien nicht durch Berücksichtigung von Handelsgebräuchen ergänzen dürfe, welche mit einer Bestimmung des Gesetzes in Widerspruch stehen". Vgl. auch p. 434.

73a) In seiner Abhandluug unter I, II, III, insbesondere gegen Goldschmidt unter IV, vgl. auch p. 499 und 503.

74) Vgl. z. B. p. 469 unter 3 und p. 490. Die Ergänzung ist richtig aufgefaßt p. 497.

nur das Gewohnheitsrecht, aber diesem ist die derogatorische Kraft dem Handelsgesetzbuche gegenüber abgesprochen[75]).

Diese Argumentation ist insoweit richtig, als gar keine Usance, die in Folge vorhandener Willensentschließung der Parteien einer lex dispositiva vorangehen soll, den Charakter eines Gewohnheitsrechts annehmen kann, selbst, wenn sie einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung entsprungen und daher beim Nichtvorhandensein der gesetzlichen Anordnung als Gewohnheitsrecht aufzufassen wäre[76]). Daraus ergiebt sich aber einerseits, daß die Parteien ihren Willen auch auf Usancen der letzteren Art beziehen können, andererseits, daß der Begriff der Usance im Gegensatze zum Gewohnheitsrecht als ein relativer aufzufassen ist. Das, was nach Handelsrecht als Usance erscheint, könnte beim Nichtvorhandensein einer diesfälligen lex dispositiva manchmal auch als Gewohnheitsrecht gelten, ein Umstand, welcher der oben erwähnten Gränzbestimmung zwischen Usance und Gewohnheitsrecht neue Schwierigkeiten entgegenstellt.

Was aber die Ausschließung der Usance von jener Sphäre anbelangt, wo die Geltung der dispositiven Rechtssätze beginnt, so können wir ungeachtet aller Gründlichkeit und allen Scharfsinnes, welche die Laband'sche Untersuchung auszeichnen, dieser seiner Ansicht nicht beipflichten. Es hängt dieselbe mit der bekannten Streitfrage innig zusammen, ob im Art. 1 des Han-

75) ebenda, p. 491. Vgl. auch p. 495 und 497.

76) Doch scheint es uns, daß Laband (p. 506) zu weit geht, wenn er behauptet, daß durch Vertragsfestsetzung der Parteien auch der bloß factische Ortsgebrauch einem örtlichen dispositiven Gewohnheitsrecht vorangehen könne, denn es ist kaum denkbar, daß ein Ortsgebrauch sich gegen ein daselbst geltendes ebenfalls örtliches Gewohnheitsrecht zu bilden im Stande wäre, ohne zugleich den Charakter eines neueren, dieses letztere aufhebenden Gewohnheitsrechts anzunehmen. In dem citirten Art. 83 beruht die Anwendung des Ortsgebrauches auf der gesetzlichen Anordnung.

delsgesetzbuches der Ausdruck „Handelsgebräuche" nur auf das Gewohnheitsrecht oder auch auf die Usancen zu beziehen sei.

Diese Frage haben sich auch die Nürnberger Conferenzmitglieder vorgelegt und, wie bekannt, mit 9 gegen 5 Stimmen den allgemeinen Ausdruck „Handelsgebräuche" anstatt des vorgeschlagenen engeren „Handelsgewohnheitsrecht" angenommen. Dieser Beschluß, ein so wichtiges Moment in der Entstehungsgeschichte des Artikels, sollte es doch zur Genüge darthun, daß hier der Ausdruck „Handelsgebräuche" im weiteren Sinne, also mit Innbegriff der Usancen aufzufassen sei. Zu diesem Resultate gelangt auch Gerber in seiner Ausführung[77]). Anders Laband[78]), welcher die Usancen deshalb davon ausgeschlossen haben will, weil sie als Rechtssätze gar nicht und nur unter der Voraussetzung der wennauch stillschweigenden Vereinbarung der Parteien in Betracht kommen, aber dann allen dispositiven Bestimmungen des Handelsgesetzbuches derogiren, während doch Art. 1 die Anwendung der Handelsgebräuche nur insoweit anordnet, als das Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, dafür aber dieselben von dem Willen der Parteien unabhängig macht.

Strenge Consequenz wird dieser Ansicht gewiß Niemand absprechen, wir fragen jedoch, kann denn der Gesetzgeber die Beobachtung der Usancen nicht ebenfalls anordnen? Und wenn er es thut, macht er sie schon deshalb zu Rechtssätzen?[79]).

---

77) Abhandlungen, II. p. 437. Derselben Ansicht Anschütz in der Pözl'schen krit. Vierteljahresschrift, I. p. 7 ff.; Auerbach im Archiv für das Wechselrecht, XI. p. 54 und in seinem Handelsgesetz, p. 15 ff.; Kräwel, das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch, p. 22. Note 4; Brix, das allgem. Handelsgesetzbuch, p. 9.

78) In seiner Abhandlung unter VII.

79) Wie oft wird im Handelsgesetzbuche in speciellen Fällen angeordnet, auf die Verabredung oder in deren Ermangelung auf den Ortsgebrauch Rücksicht zu nehmen. Art. 83, 285, 334 Abs. 1, 339, 346 u. s. w.

Noch früher (p. 500) wirft Laband der Nürnberger Conferenz vor, sie hätte sich weder den begrifflichen Gegensatz zwischen Gewohnheitsrecht und factischem Gebrauch, noch jenen zwischen subsidiärer und dispositiver Geltung von Rechtssätzen mit wünschenswerther Klarheit vergegenwärtigt. Uns scheint es jedoch, daß gerade die Unmöglichkeit einer für die Praxis ausreichenden Feststellung des ersten Gegensatzes das wichtigste Motiv für die Majorität der Conferenzmitglieder war, denselben im Art. 1 nicht zur Geltung kommen zu lassen. Wir sind daher der Ansicht, daß in jedem Falle, wo von der Partei gar keine Willenserklärung vorliegt und auch keine lex dispositiva vorhanden ist, die Usance in Anwendung kommt, ohne Rücksicht, ob sie unter den Begriff eines eigentlichen Gewohnheitsrechts fällt oder nicht. Hat die Partei es anders wollen, dann war es ihre Sache, eine entsprechende Willenserklärung abzugeben und selbst der Umstand, daß sie die Usance nicht gekannt, ist von keinem Belange, da sie auch dann die Schuld sich zuschreiben muß, über die betreffenden Ortsgebräuche keine Erkundigung eingezogen zu haben.

Diese letztere Consequenz scheint Gerber nicht ziehen zu wollen[80]), da ja nach seiner Ansicht beim factischen Gebrauch die subjective Beziehung der Partei zu demselben immer vorausgesetzt werden muß. Indessen glauben wir, daß dies nur dann nothwendig ist, wenn dieser Gebrauch einer lex dispositiva

80) Aus dem p. 435 angeführten Beispiel ist dies zwar nicht mit genügender Klarheit zu entnehmen, aber die von ihm unmittelbar früher hervorgehobene Unterscheidung zwischen Usance und Gewohnheitsrecht führt nothwendig zu diesem Resultate. Andererseits hebt er p. 436 ausdrücklich hervor, daß eine „verschiedene Behandlung des Gewohnheitsrechts und der Gebräuche dem Richter fort und fort die unter Umständen so außerordentlich schwierige Bestimmung der Linie aufnöthigen würde, welche den Uebergang des Gebrauchs in ein wirkliches Gewohnheitsrecht kennzeichnet".

voranzugehen hätte, weil dazu allerdings eine Willensentschließung der Partei, mag sie in Worten, Handlungen oder Unterlassungen (Art. 279) bestehen, erforderlich wäre. Aber dort, wo es sich um Supplirung des Willens handelt und wo keine lex dispositiva vorhanden ist, kommt nach Art. 1 jeder Handelsgebrauch unbedingt zur Anwendung[81]). Darin liegt eben der principielle Unterschied (aber kein Widerspruch) zwischen der Bestimmung des Art. 1 und jener des Art. 279. Die entgegengesetzte Ansicht könnte sogar unredlichen Parteien einen großen Vorschub leisten, da dieselben jeder unliebsamen auf der Usance beruhenden Verpflichtung durch Vorgabe des Nichtwissens zu entgehen versuchen möchten.

Laband wendet (p. 508) ein, daß man durch Beziehung des Ausdruckes „Handelsgebräuche" im Art. 1 auf Usancen diese letzteren zu einer Rechtsquelle mache. Dagegen muß bemerkt werdeu, daß die Handelsgebräuche im Allgemeinen wirklich eine Rechtsquelle bilden, weil sie ja das vorhandene Gewohnheitsrecht mitbegreifen und eventuell zur Bildung neuer Gewohnheitsrechte wesentlich beitragen, aber damit werden die factischen Gebräuche als solche ebenso wenig zu einer Rechtsquelle erhoben, als die Anordnung der subsidiären Anwendung einer Usance diese schon darum zu einem Rechtssatz qualificiren kann.

81) Die Ansicht Labands wurde zwar vom Reichsoberhandelsgerichte in den Motiven zur Entscheidung vom 28. Juni 1872 (Entscheidungen VI. p. 368 ff.) acceptirt, doch handelte es sich in dem betreffenden Falle hauptsächlich darum, ob eine Usance selbst ohne ausdrückliche Willenserklärung als stillschweigend vereinbart angenommen werden und daher der lex dispositiva vorangehen könne, eine Frage, die doch auch nach unserer Ansicht zu bejahen ist. Es heißt dort p. 375: „Der Auftrag, an der Berliner Börse das Geschäft zu schließen, enthält auch die zuverlässige und bestimmte Erklärung, den Vertrag unter den Bedingungen einzugehen, welche für Verträge solcher Art an der bezeichneten Börse handelsgebräuchlich oder gewöhnlich üblich sind".

Daß durch unsere eben entwickelte Ansicht allen, wie sich Laband (p. 495) ausdrückt, „noch so feinen und scharfen theoretischen Distinctionen zwischen dem echten Handelsgewohnheitsrecht und dem bloß factischen Gebrauch die Spitze abgebrochen wird", ist allerdings richtig, aber das wollen wir eben, ohne erst zu diesem Zwecke die Kehrseite der Gewohnheitsrechte d. i. ihre Unbestimmtheit auszunützen. Denn zu diesem Mittel greifen doch offenbar die Anhänger[82]) der strengeren Interpretation des Ausdruckes „Handelsgebräuche" im Art. 1. So namentlich Goldschmidt, welcher den Handelsgebrauch nicht nur dann als Rechtsquelle behandelt haben will, wenn er nach den strengen Erfordernissen der particulären Civilrechte als Gewohnheitsrecht anzunehmen ist, sondern auch dann, „wenn er der freieren wissenschaftlichen Theorie des gemeinen Rechts entspricht, welche überall dem verständigen Ermessen des Richters den freiesten Spielraum läßt"[83]). Ein Theil der Nürnberger Conferenzmitglieder ging auch von der Voraussetzung aus, „daß es der Praxis überlassen sei, festzustellen, ob in einem einzelnen Falle eine Uebung mit Grund als giltiger Handelsgebrauch betrachtet werden könne oder nicht"[84]). Das ist dann auch der Grund, warum Anschütz und Völdernndorf[85]) die oben geschilderte wissenschaftliche Divergenz als eine für die Praxis irrelevante bezeichnen.

---

82) Goldschmidt, § 36; Hahn, Commentar zum allg. d. Handelsgesetzbuch (2. Aufl.) I p. 10 ff.; Endemann, das deutsche Handelsrecht, p. 28; Makower, das a. d. Hdgbuch (4. Aufl.) p. 28; Busch, über Begriff und Giltigkeit der Handelsgebräuche in seinem Archiv für das Handelsrecht, I p. 16 ff.; Voigtel, rechtl. Natur der Handelsgebräuche in Busch Archiv, VI. p. 462 ff.

83) Handelsrecht, I p. 236; ebenso Hahn, p. 11; Entscheidungen in Busch Archiv, V. p. 353.

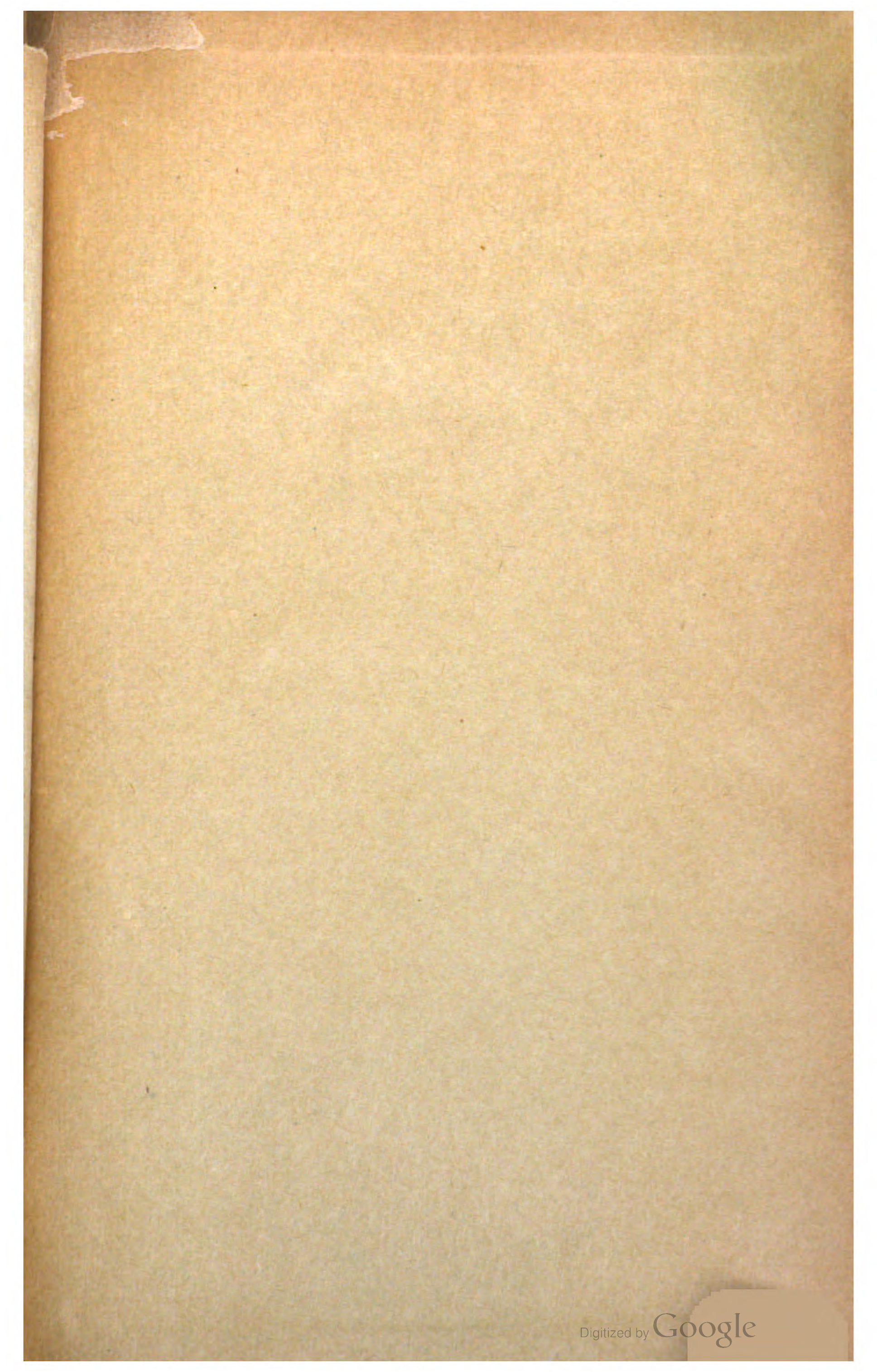
84) Protokolle, p. 12.

85) Kommentar zum allg. d. Hdgbuche, I p. 15.

Sollte aber in einzelnen Fällen das particuläre dispositive Gewohnheitsrecht mit einem allgemeinen collibiren, dann hätte aus natürlichen Gründen das erstere den Vorzug.

Schließlich müssen wir noch bemerken, daß im Handelsrecht, ebenso wie in den früher besprochenen Privatrechtscodificationen von den bisherigen jene bestimmten Fälle zu unterscheiden sind, in welchem die Ortsgebräuche auf Grund specieller gesetzlicher Anordnung angewendet werden sollen (Art. 57, 61, 80, 82. Abs. 1, 83, 285, 326, 327, 334. Abs. 2, 339, 342. Abs. 3, 346, 351, 352, 369 u. s. w.). —

Druck der Friedrich Mauke'schen Officin in Jena.


Digitized by Google

